Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.461/2006 /blb

Urteil vom 16. Januar 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident
Bundesrichter Meyer, Marazzi,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Schroff,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwalt August Hafner,
A._____,
Beteiligte,
vertreten durch Beistand V._____,
Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, Regierungsgebäude, 8500 Frauenfeld.

Gegenstand
Art. 9 BV etc. (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung; Obhutsentzug),

Staatsrechtliche Beschwerde [OG]gegen den Entscheid des Departements für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau vom 18. Oktober 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____ (Beschwerdeführerin) ist die Mutter von A._____ (geboren 1992). Gemäss Scheidungsurteil vom 12. April 1996 wurde der Mutter die elterliche Sorge zugeordnet und dem Vater Y._____ ein Besuchsrecht eingeräumt. Im Mai 2006 trat A._____ an die Vormundschaftsbehörde S._____ mit dem Wunsch, das Besuchsrecht sei auszudehnen. Aufgrund der schwierigen Kommunikation zwischen den Kindseltern errichtete die Vormundschaftsbehörde S._____ mit Beschluss vom 6. Juni 2006 eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und regelte das Besuchsrecht neu. Nach den Sommerferien nahmen die Spannungen zwischen Mutter und Tochter zu, so dass A._____ mit dem Wunsch an die Vormundschaftsbehörde S._____ gelangte, zum Vater nach T._____ ziehen zu dürfen. Nach Einholung eines Berichts des Beistandes und einer psychologischen Abklärung von A._____ vom 23. September 2006 sowie nach Anhörung der Mutter wurde der Mutter in Anwendung von Art. 310 Abs. 2 ZGB mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde S._____ vom 4. Oktober 2006 die Obhut über ihre Tochter entzogen und A._____ ab 21. Oktober 2006 beim Vater in T._____ untergebracht. Einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Beschluss wurde gestützt auf Art. 314 Ziff. 2 ZGB die
aufschiebende Wirkung entzogen, weil die Spannungen so angewachsen seien, dass bei einer aufschiebenden Wirkung eine Notfalllösung gesucht werden müsste. Ein Verbleib bei der Mutter würde die Psyche des Mädchens überfordern.

B.
Mit Eingabe vom 5. Oktober 2006 erhob die Mutter Beschwerde beim Departement für Justiz und Sicherheit (DJS) und beantragte, der Beschluss der Vormundschaftsbehörde S._____ vom 4. Oktober 2006 sei aufzuheben. Dem Rekurs sei zudem superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
Nach Anhören der Beteiligten wies das DJS in einem Zwischenentscheid vom 18. Oktober 2006 den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und forderte den Beistand auf, den Umzug von A._____ nach T._____ am 21. Oktober 2006, soweit erforderlich, zu begleiten.
C.
Am 19. Oktober 2006 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau. Dieses hörte Mutter und Tochter sowie den Beistand an und wies das Gesuch um superprovisorische Wiedereinräumung der aufschiebenden Wirkung ab. Mit Urteil vom 22. November 2006 trat es auf die Beschwerde nicht ein.
D.
Mit Eingabe vom 2. November 2006 erhob die Beschwerdeführerin gegen den gleichen Beschluss vom 18. Oktober 2006 auch staatsrechtliche Beschwerde mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, es sei superprovisorisch der bestehende Zustand wiederherzustellen, indem der Beschwerdeführerin die uneingeschränkte elterliche Sorge zugeordnet werde, und es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen. Am 27. November 2006 wies der Präsident der II. Zivilabteilung das Massnahmegesuch ab, im Wesentlichen mit der Begründung, A._____ befinde sich seit einiger Zeit nicht mehr in S._____, sondern in T._____, so dass die Rückversetzung nach S._____ auf eine Änderung des bestehenden Zustands hinauslaufen würde. Das DJS hat Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell deren Abweisung beantragt. Der Beistand hat namens von A._____ mitgeteilt, er sei mit der Einräumung der aufschiebenden Wirkung nicht einverstanden, weil sich diese in der neuen Obhut wohl fühle und es ihr nicht zuzumuten sei, wieder zur Mutter zurückzukehren, was auch mit einem erneuten Schulwechsel verbunden wäre. Auch Y._____ hat Nichteintreten, bzw. Abweisen beantragt. Die Beschwerdeführerin reichte weitere Eingaben
ein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht in Kraft getreten (BGG; SR 173.110). Der angefochtene Entscheid ist am 18. Oktober 2006 ergangen, weshalb für die vorliegende staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG noch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110) gilt.
2.
2.1 Der angefochtene Entscheid, mit dem der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und der Beistand aufgefordert wurde, den Umzug von A._____ nach T._____ am 21. Oktober 2006, soweit erforderlich, zu begleiten, ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 87 OG. Nach kantonalem Recht (§ 48 Abs. 3 des Gesetzes vom 23. Februar 1981 über die Verwaltungsrechtspflege; VRG) ist er endgültig und damit im Sinne von Art. 86 OG letztinstanzlich. Deshalb ist das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau auf die gegen denselben Entscheid erhobene Beschwerde mit Urteil vom 22. November 2006 nicht eingetreten.
2.2 Gegen Zwischenentscheide kann staatsrechtliche Beschwerde erhoben werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 87 Abs. 2 OG). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung, bzw. die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat im vorliegenden Fall einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge (vgl. dazu BGE 126 I 97 E. 1b S. 100; 116 Ia 177 E. 2b S. 179; 105 Ia 318 E. 2b S. 32). A._____ ist gestützt auf den angefochtenen Entscheid nach T._____ gezogen, ist dort eingeschult worden und wohnt bei ihrem Vater. Auch wenn der Mutter im Endentscheid das Sorgerecht uneingeschränkt zurückgegeben werden sollte, verändert die zunehmende Dauer der Abwesenheit von A._____ die rechtliche Situation, indem nach Massgabe des Kindswohls eine Rückgabe im Verlaufe der Zeit schwieriger wird, wenn sich das Kind am neuen Ort gut eingelebt hat. Zudem weicht der kindliche Zeitbegriff von jenem der Erwachsenen ab und das Kind empfindet verhältnismässig kurze Zeitpannen als wesentlich länger und einprägsamer als erwachsene Personen (vgl. Peter Breitschmid, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl., N. 6 zu Art. 314/314a ZGB, S. 1642). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil ist demnach zu
bejahen.

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.
3.
Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 6 und 8 EMRK. Es trifft zwar zu, dass behördliche Verfügungen über den persönlichen Verkehr zwischen einem Elternteil und dem Kind, aber auch der Entzug der Obhut, zu den Entscheiden ¨uber zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungenïm Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zählen, welche dem Schutz der EMRK unterstehen (BGE 118 Ia 473 E. 5a S. 478 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte). Dies trifft aber nicht zu auf Verfahren, deren Gegenstand einzig der Erlass einstweiliger Anordnungen ist bzw. in deren Rahmen ein Rechtsverhältnis nur vorläufig geregelt wird (Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 71 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der Strassburger Organe; vgl. Isabelle Häner, Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren, ZSR 116/1997, Rz. 165 S. 376). So betrifft nach der Rechtsprechung der Strassburger Organe die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines Hauptsachenprozesses, insbesondere die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung, keine Rechte und Pflichten, welche die EMRK tangieren. Entsprechend brauchen solche Verfügungen im
kantonalen Verfahren auch nicht von einem Gericht erlassen oder überprüft zu werden (vgl. BGE 118 Ia 473 E. 5 S. 478 ff.; vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Rz. 27.65 S. 225; so auch der Nichteintretensentscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts vom 22. November 2006). Ist aber durch den angefochtenen Entscheid die EMRK nicht betroffen, ist der Rüge, diese sei verletzt worden, nicht weiter nachzugehen.
4.
Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 29 und 30 BV, weil ihr im Hauptverfahren keinerlei Mitwirkungsmöglichkeiten im Verfahren gewährt worden seien. In der Hauptsache geht es um den Entzug der Obhut und die Unterbringung von A._____ bei ihrem Vater. Im vorliegenden Verfahren steht dagegen nicht diese Frage, sondern ausschliesslich diejenige des Entzugs der aufschiebenden Wirkung zur Beurteilung. Ob im Hauptverfahren, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, Verfahrensfehler (Art. 29 und 30 BV) begangen worden sind, ist demnach vorliegend nicht zu entscheiden. Dass die Beschwerdeführerin zur Frage der aufschiebenden Wirkung nicht angehört worden sei, macht sie mit Grund nicht geltend. Sie hat selber kantonale Beschwerde gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung geführt und dort einlässlich darlegen können, weshalb dieser nicht gerechtfertigt sei. Weiter wurde sie im kantonalen Verfahren wiederholt persönlich angehört. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt.
5.
Gemäss Art. 314 ZGB wird das Verfahren bei Kindesschutzmassnahmen durch das kantonale Recht geordnet unter Vorbehalt der hier nicht streitigen Anhörungspflicht des Kindes (Ziff. 1) und der ausdrücklichen Bestimmung, wonach die aufschiebende Wirkung von der anordnenden oder von der Beschwerdeinstanz entzogen werden kann, wenn eine Beschwerde gegen eine Kindesschutzmassnahme aufschiebende Wirkung hat (Ziff. 2). Diese Bestimmung wurde in das ZGB aufgenommen, weil Kindesschutzmassnahmen regelmässig dringlich sind. Das Gefährdungspotential ist, wo Rechtsmittelverfahren anstehen, selbst bei beförderlicher Behandlung ausgeprägt, weil - wie ausgeführt - auch verhältnismässig kurze Zeitspannen von Kindern als wesentlich länger empfunden werden als von erwachsenen Personen. Bei Anordnungen, die unmittelbar die Situation des Kindes berühren, rechtfertigt es sich daher oftmals, Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung zu entziehen (Peter Breitschmid, a.a.O.; vgl. Martin Stettler, Schweizerisches Privatrecht III/2, Familienrecht, S. 529). Die aufschiebende Wirkung ist aber zu gewähren, wenn die Prognose in der Hauptsache oder andere Umstände dies nahelegen. Den kantonalen Behörden steht bei diesem Entscheid ein grosser Beurteilungsspielraum zu.
Besteht für die Entscheidung der kantonalen Behörden ein sachlicher Grund, der den Entscheid trägt, bedeutet dies gleichzeitig, dass Art. 314 Ziff. 2 ZGB nicht verfassungswidrig angewendet worden ist (vgl. Isabelle Häner, a.a.O., Rz. 58 ff. S. 301 und Ziffer 7 S. 413). Ist diese Voraussetzung erfüllt, werden weder der von der Beschwerdeführerin gerügte Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 BV), noch die Würde der Beschwerdeführerin (Art. 7 BV), die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 BV), die Privatsphäre oder die Integrität der Familie (Art. 13 und 14 BV) verletzt.
5.1 Das DJS hat ausgeführt, es sei der wiederholt geäusserte Wunsch der damals 14-jährigen Tochter gewesen, zu ihrem Vater nach T._____ zu ziehen. Es sei beim Verbleib von A._____ bei ihrer Mutter mit einer Eskalation der Situation zu rechnen. Zudem sei der Zeitpunkt für einen guten Einstieg in die neue Klasse in T._____ günstig. Schliesslich gehe aus dem Bericht der beigezogenen Psychologin hervor, dass der Verbleib bei der Mutter unter den momentanen Umständen aufgrund der Gefährdung des positiven sozialen und

schulischen Potentials von A._____ nicht zumutbar sei.
5.2 Die Beschwerdeführerin hat das Nichteintretensurteil des Verwaltungsgerichts vom 22. November 2006 zu den Akten gelegt und dazu auch Stellung genommen. Das Verwaltungsgericht, bzw. dessen Präsident und Gerichtsschreiber, haben sowohl die Mutter, als auch die Tochter und den Beistand angehört. Das Gericht hat in seiner materiellen Eventualbegründung (E. 1f S. 8) ausgeführt, dass A._____ einen sehr reifen Eindruck gemacht habe und nicht einfach aus einer Trotzhaltung eines pubertierenden Teenagers heraus reagiert habe. Die von ihr vorgebrachten und im Anhörungsprotokoll vom 20. Oktober 2006 festgehaltenen Gründe (begründeter Vertrauensverlust; häufiges nächtliches Wecken; Mord- und Selbstmorddrohungen; sie halte es bei der Mutter nicht mehr aus, usw.) gefährdeten das Kindeswohl derart, dass ein rasches Handeln der Vormundschaftsbehörde vollauf gerechtfertigt gewesen sei. Mit den Therapiesitzungen von Mutter und Kind und mit dem Besuchsrecht bei der Mutter erfolge zudem kein Abbruch der Beziehung zur Mutter. Durch die Therapie sei vielmehr gewährleistet, dass sich das Verhältnis zur Mutter verbessern könne.
5.3 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, dringt nicht durch. Wenn die Beschwerdeführerin die Auffassung vertritt, die Behörden hätten einfach dem Druck der in der Pubertät befindlichen Tochter A._____ nachgegeben und in verantwortungsloser Art in die elterliche Erziehung eingegriffen, dann vertritt sie in der Hauptsache eine andere Auffassung als die kantonalen Behörden, ohne im Einzelnen darzulegen, inwiefern die von den kantonalen Behörden begründete Auffassung verfassungswidrig sein könnte. Diese ist denn aufgrund der Unterlagen auch ohne weiteres nachvollziehbar. Und wenn sie sich in die dunklen Zeiten der Schweizer Geschichte versetzt wähnt, wo den Romas die Kinder weggenommen wurden, dann verkennt sie, dass die Tochter auf ihren eigenen Wunsch beim eigenen Vater wohnt, was mit den genannten Vorkommnissen nichts zu tun hat. Insgesamt nennt sie keine Gründe, welche ein Abweichen vom Grundsatz, dass dringliche Kindesschutzmassnahmen sofort vollstreckt werden sollten, rechtfertigen. Insbesondere hat das DJS keine verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführerin verletzt, wenn es zum Schluss gelangt ist, weder die Hauptsachenprognose noch andere Umstände legten eine andere Lösung nahe.
6.
Die Beschwerde muss aus diesen Gründen abgewiesen werden, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Kosten (Art. 156 Abs. 1 OG) und sie hat Y._____ für seine kurze Vernehmlassung zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).
Die Beschwerdeführerin hat allerdings ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung eingereicht. Gemäss Art. 152 OG gewährt das Bundesgericht einer bedürftigen Partei, deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, auf Antrag Befreiung von der Bezahlung der Gerichtskosten und nötigenfalls kann ihr ein Rechtsanwalt beigegeben werden. Wie sich aus den vorangehenden Erwägungen ergibt, war die Beschwerdeführung vor Bundesgericht aussichtslos, so dass das Gesuch abzuweisen ist.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 400.– zu entschädigen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. Januar 2007
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: