

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 93

Bern, 6. März 2018

Besetzung

Oberrichter Hurni (Instruktionsrichter)
Gerichtsschreiberin Wittwer

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsteller

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwältin D. _____
Gesuchsgegnerin



Gegenstand

Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit und vorsorgliche
Massnahmen

Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit betreffend den Ent-
scheid des Regionalgerichts N. _____ vom 15. Februar 2018
(CIV 18 175)

Gesuch um weitere vorsorgliche Massnahmen vom 22. Februar
2018

Regeste:

Erst die Einreichung der Berufung bewirkt, dass die Zuständigkeit für das Verfahren und damit auch zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und prozessleitender Verfügungen auf die Berufungsinstanz übergeht (E. 21).

In Bestätigung der Rechtsprechung kann jedoch im Sinne einer Ausnahme bereits in der Phase der Redaktion der erstinstanzlichen Entscheidung resp. während laufender Berufungsfrist bei der Rechtsmittelinstanz um Aufschub der Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Massnahmeentscheids ersucht werden (E. 17).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller oder Kindsvater) und C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin oder Kindsmutter) sind die unverheirateten Kindseltern des gemeinsamen Sohnes E._____ (geb. _____).
2. Mittels Vereinbarung über den persönlichen Verkehr und den Unterhalt vom 18./19. September 2013 wurden die elterliche Sorge, die Obhut und die Unterhaltsmodalitäten einvernehmlich geregelt (Gesuchsbeilage [GB 2]). Diese Vereinbarung wurde von der KESB F._____ genehmigt (GB 3). Mittels Erklärung vom 17. September 2014 (GB 4) wurde sie dahingehend geändert, dass die elterliche Sorge nach der Trennung der Parteien gemeinsam ausgeübt werden sollte. Die Obhut verblieb bei der Gesuchsgegnerin (GB 18, S. 8).
3. Die Gesuchsgegnerin ging eine neue Beziehung mit G._____ ein, mit welchem sie eine Tochter, H._____ (geb. _____), hat und bis heute zusammen lebt.
4. Der Gesuchsteller wohnt mit seiner neuen Partnerin, I._____, nach wie vor in der ehemals gemeinsamen Wohnung am J._____weg in F._____.
5. Mit Eingabe vom 14. September 2015 beantragte der Kindsvater – nach Erhalt der Klagebewilligung – beim Regionalgericht K._____ die alternierende Obhut, eventualiter die gerichtliche Regelung des persönlichen Verkehrs, sowie die Streichung, eventualiter die Reduktion des Kindesunterhaltsbeitrags (CIV 15 2866). Für E._____ amtete L._____, Sozialdienst F._____, als Prozessbeiständin.
6. Im Dezember 2016 zog die Gesuchsgegnerin von F._____ nach M._____.
7. Am 31. Mai 2017 schlossen die Kindseltern vor dem Regionalgericht K._____ im Verfahren CIV 15 2866 schliesslich eine Vereinbarung ab (GB 11).
8. Anlass für das vorliegende Massnahmeverfahren CIV 18 175 vor dem Regionalgericht N._____ war die E-Mail der Kindsmutter vom 7. Januar 2018 (GB 7), worin sie dem Kindsvater ankündigte, dass sie Mitte Februar 2018 gemeinsam mit

E._____, H._____ und G._____ nach O._____ ziehen werde. Als Grund dafür nannte sie neue berufliche Herausforderungen.

9. Am 12. Januar 2018 verfügte der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts N._____ in Gutheissung des Gesuches des Kindsvaters um Erlass superprovisorischer Massnahmen u.a. was folgt:

- 3.1. Der Gesuchsgegnerin wird per sofort der Umzug mit E._____ ins Ausland verboten;
- 3.2. Die Gesuchsgegnerin wird angewiesen, den _____ Reisepass und die Identitätskarte sowie jegliche weitere Reisedokumente von E._____ bis spätestens am 16.01.2018 beim Regionalgericht N._____ zu hinterlegen.
- 3.3. Die vorstehenden Verbote gemäss Ziffern 3.1 und 3.2 ergehen jeweils unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassene Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

Die Anordnungen gemäss den Ziffern 3.1. bis 3.3. hiervor sind sofort vollstreckbar und gelten bis zum ausdrücklichen Widerruf, längstens jedoch bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen.

10. Am 26. Januar 2018 fand – nachdem Fürsprecherin P._____ vom Gericht als Kindsvertreterin eingesetzt wurde – eine erste Verhandlung und am 15. Februar 2018 eine Fortsetzungsverhandlung statt, in welcher der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts N._____ folgenden Massnahmeentscheid fällte:

1. Der Gesuchsgegnerin wird der Umzug mit E._____ nach O._____ bewilligt, dies jedoch erst ab dem 16.03.2018.
2. Die gemeinsame elterliche Sorge über E._____ bleibt bestehen.
3. Die alleinige Obhut über E._____ wird bei der Mutter belassen.
4. Die beim Gericht hinterlegten Dokumente von E._____ sind am 16.03.2018 der Gesuchsgegnerin herauszugeben.
5. Es wird eine Besuchsrechtsbeistandschaft über das Kind E._____ angeordnet. Die KESB M._____ wird ersucht, die Beistandschaft in O._____ errichten zu lassen.
6. Dem Gesuchsteller steht folgendes Besuchs- und Ferienrecht zu:
 - jeweils am zweiten Wochenende des Monats in O._____ (von Freitag nach Kita- bzw. Kindertageschluss bis Sonntag 18.00 Uhr);
 - während 4 zusätzlichen Besuchswochenenden jährlich beim Vater in der Schweiz (von Samstag 12.00 Uhr bis Sonntag 12.00 Uhr), wobei die Mutter E._____ jeweils zum Vater bringen und abholen muss. Der Zeitpunkt dieser zusätzlichen Besuchswochenenden wird durch die Beistandsperson festgelegt;
 - jährlich während 6 Wochen für die Ferien. Die Ferien dürfen nicht länger als drei Wochen am Stück dauern (jeweils von Samstag 12.00 Uhr bis Samstag 12.00 Uhr). Das Ferienrecht ist während den Kindergarten-/Schulferien von E._____ auszuüben und mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen;

- in den geraden Jahren von Gründonnerstag 12.00 Uhr bis Ostermontag 12.00 Uhr sowie vom 24. Dezember von 12.00 Uhr bis 27. Dezember um 12.00 Uhr und in den ungeraden Jahren von Pfingstfreitag von 12.00 Uhr bis Pfingstmontag um 12.00 Uhr sowie vom 28. Dezember von 12.00 Uhr bis am 2. Januar um 12.00 Uhr.

7. Der Gesuchsteller hat für das Kind E. _____ ab April 2018 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.00 (exkl. Kinderzulagen), zahlbar monatlich zum Voraus, zu leisten.

8. Bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrags wurde von folgenden Einkommenszahlen ausgegangen:

A. _____: CHF 6'000.00 (netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn/Gratifikation, exkl. Familienzulagen)

C. _____: EUR 1'500.00 (netto inkl. Kindergeld für 2 Kinder)

9. Die übrigen Anträge werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

10. Die Gerichtskosten werden halbiert und die Parteikosten wettgeschlagen. Die Prozesskosten werden mit separater Verfügung nach Eingang der Kostennoten bestimmt.

11. Mündlich eröffnet und begründet unter Hinweis auf die nachstehende Rechtsmittelbelehrung.

Schriftlich mitzuteilen:

- der KESB M. _____

11. Gleich im Anschluss an die mündliche Urteilseröffnung verlangte der Kindsvater schriftlich die schriftliche Entscheidbegründung (pag. 277).

12. Mit Gesuch vom 15. Februar 2018, welches dem Obergericht des Kantons Bern am 22. Februar 2018 persönlich überbracht wurde, stellte der Kindsvater durch seinen Rechtsvertreter folgende Anträge (pag. 415 ff.):

1. Es sei die Vollstreckbarkeit des Entscheides vom 15.2.2018 im Verfahren CIV 18 175 vor dem Regionalgericht N. _____ bis zu einer anders lautenden Verfügung, spätestens aber bis zum allfälligen Eintritt der Rechtskraft, aufzuschieben.

2. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich per sofort unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB der Umzug mit E. _____ ins Ausland zu verbieten;

3. Die beim Regionalgericht N. _____ hinterlegten Reisedokumente von E. _____, d.h. der _____ Reisepass und die Identitätskarte seien bis zu einer anders lautenden Verfügung hinterlegt zu lassen. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin anzuweisen, den _____ Reisepass und die Identitätskarte, sowie jegliche weiteren Reisedokumente von E. _____ unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB per sofort vorsorglich beim Regionalgericht N. _____ zu hinterlegen;

4. Es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich per sofort die elterliche Sorge über E. _____ zu entziehen, und dem Gesuchsteller sei vorsorglich per sofort das alleinige Sorgerecht über E. _____ zu erteilen;

5. Es sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Gesuchsgegnerin betreffend E. _____ vorsorglich per sofort aufzuheben, und dem Gesuchsteller sei vorsorglich per sofort die alleinige Obhut über E. _____ zu erteilen;
6. Der Gesuchsteller sei vorsorglich per sofort von der Pflicht zur Bezahlung von Unterhalt für E. _____ zu befreien.
7. Die Anträge hiervor seien unverzüglich nach Eingang des vorliegenden Gesuchs superprovisorisch, ohne vorgängige Anhörung der Parteien, vorab per Fax, zu eröffnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Mutter

13. Mit Verfügung vom 23. Februar 2018 bestätigte der Instruktionsrichter den Eingang des Gesuches um Aufschub der Vollstreckbarkeit und vorsorgliche Massnahmen und stellte fest, dass der Gesuchsteller den Gerichtskostenvorschuss von CHF 2'000.00 bezahlt hat. Gleichzeitig wurden die Kindsmutter, die Kindsvertreterin P. _____ und die Vorinstanz aufgefordert, innert 5 Tagen ab Zustellung der Verfügung eine Stellungnahme zum Rechtsbegehren Ziff. 1 einzureichen (pag. 519 ff.).
14. Am 27. Februar 2018 liess die Vorinstanz dem Obergericht des Kantons Bern die Akten inkl. Entscheidbegründung vom 26. Februar 2018 zukommen und verzichtete unter Verweis auf Letztere auf eine Stellungnahme (pag. 535).
15. Am 5. März 2018 ging die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin beim Gericht ein, mit welcher sie um Abweisung des Gesuches um Aufschub der Vollstreckbarkeit ersuchte, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Eingabe legte sie unter anderem Belege zur Krankschreibung von E. _____ bei (Beilagen 4 -6).

16. Mit Eingabe vom 5. März 2018 reichte die Kindsvertreterin P. _____ ihre Stellungnahme zum Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit ein und beantragte dessen Gutheissung.

II.

17. Art. 315 Abs. 5 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) sieht vor, dass die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen ausnahmsweise aufgeschoben werden kann, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Dabei kann es nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht darauf ankommen, ob die Entscheidbegründung den Parteien bereits zugestellt wurde und die Berufungsfrist zu laufen begonnen hat. Denn der «nicht leicht wiedergutmachende Nachteil» im Sinn von Art. 315 Abs. 5 ZPO kann der betroffenen Partei im Falle der sofortigen Vollstreckung bereits in der Zeit zwischen Entscheideröffnung und Zustellung der Entscheidbegründung drohen. Entsprechend muss die Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit haben, auf Ersuchen einer Partei den Aufschub der Vollstreckung der vorsorglichen Massnahmen bereits in dieser frühen

«Zwischenphase» vorsorglich anzuordnen, sofern die Voraussetzungen nach Art. 315 Abs. 5 ZPO erfüllt sind (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 16 542 vom 17. November 2016, publiziert auf der Online-Plattform; im Ergebnis ebenso Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 430 17 161 vom 12. Juni 2017, E. 3.1 und Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ZV.2014.64 vom 17. Juni 2014, E. 2 und 3).

18. Auf das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit (Rechtsbegehren Ziff. 1) ist folglich – wie in der Verfügung vom 23. Februar 2018 implizit bereits getan – einzutreten.
19. Die Urteilsfindung am Obergericht erfolgt in Dreierbesetzung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Gesuche um aufschiebende Wirkung stellen grundsätzlich Gesuche um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 261 ff. ZPO dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_35/2014 vom 28. März 2014 E. 1), welche nach Art. 248 Bst. d ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind. Gemäss Art. 12 Abs. 3 Bst. c des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) entscheidet bei hängigem Hauptprozess der Instruktionsrichter über alle Angelegenheiten, die gemäss Art. 248 ff. ZPO im summarischen Verfahren zu behandeln sind. Sinngemäss muss das auch dann gelten, wenn eine vorsorgliche Massnahme im Hinblick auf ein noch einzuleitendes Rechtsmittelverfahren zu treffen ist. Für den Entscheid über das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit ist folglich der Instruktionsrichter zuständig.
20. Was die Rechtsbegehren Ziff. 2 (Verbot des Umzuges unter Strafandrohung) und Ziff. 3 (Hinterlegung der Reisedokumente von E._____) des Gesuchstellers betrifft, ist festzuhalten, dass diesen keine eigenständige Bedeutung zukommt, da sie mit Rechtsbegehren Ziff. 1 stehen und fallen. Wird der Aufschub der Vollstreckbarkeit wie verlangt bewilligt, gilt das vom Gerichtspräsidenten am 12. Januar 2018 superprovisorisch unter Strafandrohung verfügte Umzugsverbot der Gesuchsgegnerin weiter und sind die gestützt auf das Superprovisorium vom 12. Januar 2018 beim Regionalgericht hinterlegten Reisedokumente von E._____ der Gesuchstellerin mangels Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Massnahmeentscheides nicht herauszugeben (vgl. GÜNGERICH, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 20 zu Art. 265 ZPO; SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 46 zu Art. 265 ZPO). Umgekehrt sind bei Abweisung des Gesuches um Aufschub der Vollstreckbarkeit selbstredend keine Anordnungen möglich, welche dem vollstreckbaren vorinstanzlichen Entscheid im Ergebnis zuwiderlaufen würden.

Auf die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 ist daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

21. In Bezug auf die weiteren vorsorglichen Massnahmen (Rechtsbegehren Ziffern 4 - 7) ist mangels funktioneller Zuständigkeit des Obergerichts ebenfalls nicht einzutreten:

Der Rechtsmittelweg steht erst nach Zustellung der erstinstanzlichen schriftlichen Entscheidungsbegründung offen, d.h. erst ab diesem Zeitpunkt kann eine Berufung beim Obergericht als Rechtsmittelinstanz eingereicht werden (Art. 311 Abs. 1 ZPO; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2017, § 17 Rz. 1329). Erst die Einreichung der Berufung bewirkt jedoch, dass die Zuständigkeit für das Verfahren und damit auch zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und prozessleitender Verfügungen auf die Berufungsinstanz übergeht (sog. Devolutiveffekt; vgl. auch REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 315 ZPO; Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 112 vom 1. Juni 2017, publiziert auf der Online-Plattform). Die in E. 17 oben erwähnte Möglichkeit, bei der Rechtsmittelinstanz bereits vor Einreichung des Rechtsmittels um Aufschub der Vollstreckbarkeit zu ersuchen, stellt in diesem Sinne eine Ausnahme dar.

22. Im Übrigen decken sich die in der Eingabe vom 22. Februar 2018 gestellten Anträge (Ziff. 4 bis Ziff. 7) mit den bereits vor der Vorinstanz im Massnahmeverfahren gestellten Rechtsbegehren. Würde die bereits im Stadium der Redaktion der erstinstanzlichen Entscheidungsbegründung resp. während laufender Rechtsmittelfrist angerufene Rechtsmittelinstanz – wie vom Gesuchsteller verlangt – über diese Anträge (super)provisorisch entscheiden, würde das Ergebnis des allenfalls folgenden Berufungsverfahrens in Bezug auf den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid vorweggenommen, noch bevor ein solches durchgeführt worden wäre, was offensichtlich unzulässig ist.
23. Im Nachfolgenden ist somit einzig über das Rechtsbegehren Ziff. 1, d.h. den Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit, materiell zu entscheiden. Im Übrigen ist auf das Gesuch des Gesuchstellers vom 22. Februar 2018 nicht einzutreten.

III.

24.

- 24.1 Der Gesuchsteller begründet sein Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit zusammenfassend damit, dass ihm mit dem Wegzug der Kindsmutter zusammen mit dem gemeinsamen Sohn E._____ nach O._____ per 16. März 2018 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Denn damit würden Tatsachen geschaffen, welche eine rechtliche Überprüfung des angefochtenen Entscheides vereiteln würden. Sobald E._____ mit der Kindsmutter nach O._____ gezogen sei, liege in tatsächlicher Hinsicht eine völlig neue Situation vor, bei der es nicht mehr um die Frage eines Verbleibes von E._____ in seinem gewohnten Umfeld in der Schweiz gehe, sondern um die allfällige Rückführung in die Schweiz. Es sei offensichtlich, dass diese völlig unterschiedlichen Ausgangslagen auch in Bezug auf das Kindeswohl unterschiedliche Fragen aufwerfen würden. Durch die

einmal erfolgte Ausreise würde ein faktisches Präjudiz geschaffen, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kaum mehr rückgängig zu machen sei. Zudem habe ein Wegzug nach O._____ auch einschneidende (formell-)rechtliche Konsequenzen, da die Frage der Kinderbelange der Schweizerischen Gerichtsbarkeit entzogen würde (unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A_619/2016 vom 23. März 2017), was eine allfällige Rückführung des Kindes in die Schweiz wiederum praktisch verunmöglichen würde.

Demgegenüber würde ein (vorläufiger) Verbleib von E._____ in der Schweiz ermöglichen, dass die Fragen im Hauptprozess, insbesondere eine gutachterliche Klärung der Auswirkungen eines Umzuges nach O._____ auf das Kindeswohl, vor den angerufenen Schweizer Gerichten geklärt werden könnten.

- 24.2 Nach dem Gesagten habe der bewilligte Wegzug nach O._____ de facto keinen provisorischen Charakter, sondern sei faktisch unumkehrbar. Ein solcher unumkehrbarer Entscheid dürfe jedoch nicht gestützt auf eine derart ungenügende Aktenlage erfolgen, zumal sich sowohl die Kinderanwältin als auch die frühere Prozessbeiständin von E._____, L._____, gegen einen Wegzug nach O._____ und für eine Zuteilung der alleinigen Obhut an den Vater bis auf weiteres ausgesprochen hätten.
- 24.3 Die Bewilligung des Wegzuges erst per 16. März 2018 und nicht wie von der Kindsmutter gewünscht per sofort, habe der Gerichtspräsident in der mündlichen Urteilsbegründung denn auch damit erklärt, dass eine Beurteilung durch die Rechtsmittelbehörde ermöglicht werden solle, zumal durch den Wegzug nach O._____ unumkehrbare Fakten geschaffen würden und insbesondere mit einem Wegfall der schweizerischen Zuständigkeit für Kindesbelange zu rechnen sei.
- 24.4 Bis heute sei er als Kindsvater der begründeten Auffassung, dass der Wegzug des Kindes mit der Mutter nach O._____ nicht dem Kindeswohl entspreche und unter anderem eine Zuteilung der alleinigen Obhut von E._____ an ihn – zumindest vorläufig bis zum Entscheid in der Hauptsache – die für das Kindeswohl bessere und einzig vertretbare Lösung darstelle.
- 24.5 Die Kindsmutter habe die zeitliche Dringlichkeit der Angelegenheit zuletzt ganz alleine geschaffen und zu verantworten.
25. Der mittlerweile ausgefertigten Entscheidbegründung der Vorinstanz ist zum Thema Vollstreckbarkeit zu entnehmen, dass der Umzug der Gesuchsgegnerin mit E._____ nach O._____ bewusst erst ab dem 16. März 2018 bewilligt werde, damit der Gesuchsteller in zeitlicher Hinsicht die Möglichkeit habe, bei der Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung zu beantragen.
- 26.
- 26.1 Die Gesuchsgegnerin begründet den Antrag auf Abweisung des Gesuches um Aufschub der Vollstreckbarkeit in ihrer Stellungnahme vom 2. März 2018 im Wesentlichen damit, dass dem Kindsvater nach dem Haager Zuständigkeitsregime am neuen Aufenthaltsort des Kindes der Zugang zu einem Gericht mit dortigem Instanzenzug für die Frage nach dem geeigneteren Aufenthaltsort des Kindes offenstehe

(mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A_619/2016 vom 23. März 2017 und BGE 142 III 481 E. 2.6).

- 26.2 Der vom Gesuchsteller geltend gemachte nicht wieder gut zu machende Nachteil sei nicht gegeben. Hingegen sei eine Zwischenlösung bzw. ein Schwebezustand wie von der Vorinstanz, dem Sachverständigen Herrn Q._____ und der EKS festgestellt, nicht im Interesse von E._____. Es sei bisher stets die kontinuierliche und konstante Betreuung der Mutter als Hauptbezugsperson entschieden worden und es würden keine Umstände vorliegen, welche eine diesbezügliche Änderung rechtfertigten. Der vorinstanzliche Entscheid sei inhaltlich und im Ergebnis korrekt und ein Umzug von E._____ nach O._____ stelle keine Kindeswohlgefährdung dar.
- 26.3 Der Umstand allein, dass sie möglicherweise kurzfristig und ohne Einverständnis des Kindsvaters gehandelt habe, könne nicht als genügenden Grund für den Aufschub der Vollstreckbarkeit gesehen werden.
- 26.4 Sie habe sich dahingehend organisiert, dass sie eine Ferienwohnung für eine befristete Dauer gemietet habe. Beide Kinder seien verwirrt ab diesem Zustand, E._____ sei überdies extrem gestresst und wolle nicht mehr in den Kindergarten. Frau Dr. med. R._____ habe ihn vom _____ bis _____ vom Kindergarten krankgeschrieben, mit der Begründung, dass sich E._____ bereits im Kindergarten in einem kindsgerechten Ritual verabschiedet habe und die Situation für E._____ zu verwirrend sei.
27. In ihrer Stellungnahme vom 5. März 2018 führt die Kindsvertreterin aus, dass sich vorliegend die Frage stelle, ob E._____ seine bisherige Hauptbezugsperson und die Alltagsbeziehung zu seiner Halbschwester oder den Vater verliere. Die Ereignisse der letzten Monate erweckten Zweifel an der Fähigkeit der Mutter, die Bedürfnisse von E._____ zu erkennen und ihnen Rechnung zu tragen. E._____ sei inzwischen von seiner Kinderpsychiaterin krankgeschrieben. Dies zeige die fehlende Fähigkeit der Mutter auf, einen kindgerechten Umgang mit den Unsicherheiten, welcher der nicht mit dem Vater abgesprochene und nicht kurzfristig behördlich oder gerichtlich klärbare Wegzug mit sich bringe, zu finden. Aus ihrer Sicht sei fraglich, ob unter diesen Umständen die Einschätzung von Herrn Q._____, dass die Erziehungsfähigkeit gegeben sei, aufrechterhalten werden könne. Weiter bestünden aufgrund der letzten Monate deutliche Zweifel an der Bindungstoleranz der Mutter, welche einer vertieften Abklärung bedürfe. E._____ werde durch die neue Situation – Mutter in O._____, Vater in F._____ – so oder anders einen tiefen Einschnitt in seinem Leben erfahren. Welche Lösung eher Gewähr dafür biete, dass er «weniger» verliere, könne aktuell nicht gesagt werden; es deute aber einiges darauf hin, dass der Vater dafür besser geeignet wäre. Der Aufschub der Vollstreckbarkeit sei daher gutzuheissen.

IV.

28. Der vom Gesuchsteller geltend gemachte nicht leicht wiedergutmachende Nachteil im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO ist im vorliegenden Fall nicht von der Hand

zu weisen, zumal ein Wegzug der Kindsmutter mit dem gemeinsamen Sohn nach O._____ und damit ins Ausland, Fakten schafft, welche nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden können.

29. So würde der gewöhnliche Aufenthalt von E._____ nach dem Umzug nicht mehr in der Schweiz, sondern in O._____ und damit in S._____ (Land) sein. Dies wiederum hätte gemäss Art. 5 Abs. 2 des Haager Kindesschutzübereinkommens (HKsÜ; SR 0.211.231.011) den Wegfall der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern zur Folge, zumal bei einem Wegzug gestützt auf einen vollstreckbaren Gerichtsentscheid, welcher diesen bewilligt, kein widerrechtliches Verbringen im Sinne von Art. 7 HKsÜ vorliegen würde. Dem Gesuchsteller würde es damit aus rechtlichen Gründen verunmöglicht, den erstinstanzlichen Entscheid von der schweizerischen Rechtsmittelbehörde überprüfen zu lassen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Kindsvater nach dem Umzug von E._____ grundsätzlich die Möglichkeit hat, die zuständigen _____ Behörden anzurufen. Denn wie vom Gesuchsteller zu Recht darauf hingewiesen wird, präsentieren sich die Ausgangslagen mit Blick auf das Kindeswohl vor und nach dem Umzug anders. Während es zum jetzigen Zeitpunkt um die Frage geht, ob das Kindeswohl besser gewahrt ist, wenn E._____ mit der Kindsmutter nach O._____ wegzieht oder es beim Vater in der Schweiz bleibt, ginge es nach dem Umzug um die Frage der Rückführung und damit um einen erneuten Aufenthaltswechsel des Kindes.
30. Nach dem Gesagten liegt es auf der Hand, dass der Umzug der Kindsmutter mit dem gemeinsamen Sohn Fakten schaffen würde, welche sich auf die Frage nach dem Kindeswohl auswirken und dadurch auch die Positionen der Kindseltern beeinflussen würden.
31. Berücksichtigt man die genannten rechtlichen und faktischen Konsequenzen, welche der Umzug der Kindsmutter mit dem gemeinsamen Sohn per 16. März 2018 mit sich bringen würde, überwiegen die dem Gesuchsteller und E._____ dadurch drohenden Nachteile diejenigen der Gesuchsgegnerin bei Gewährung des Vollstreckungsaufschubes. Ein Wegzug aus dem gewohnten Umfeld würde für E._____ ein einschneidendes Ereignis darstellen, welches sich insbesondere auch auf die Kontakte zum Vater auswirken würde, so dass die Überprüfungsmöglichkeit durch eine Rechtsmittelinstanz in deren beider Interesse nicht vereitelt werden sollte (vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 138 III 378, welcher bei vorgezogenen vorläufigen Vollstreckungsmassnahmen die Schwelle zur Gewährung des Vollstreckungsaufschubes nicht allzu hoch ansetzt).

Da die Kindsmutter bereits vor Vorliegen der benötigten Zustimmung des Kindsvaters resp. der gerichtlichen Bewilligung des Umzuges ihre Wohnung gekündigt hat und für E._____ in Kita und Kindergarten offenbar bereits Abschiedsrituale stattgefunden haben, ist nun ein für E._____ nicht förderlicher Schwebezustand entstanden, welcher mit Blick auf die Tragweite des Entscheides über den Umzug jedoch leider nicht vermieden werden kann.

32. Zusammenfassend erscheint es vorliegend sachgerecht, das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Massnahmeentscheides – auch in Übereinstimmung mit dem Antrag der Kindsvertreterin – gutzuheissen.

Die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids wird bis zum rechtskräftigen Abschluss eines noch einzuleitenden Berufungsverfahrens aufgeschoben.

Da der vorliegende Entscheid noch vor Anhebung eines Berufungsverfahrens erfolgt, fällt der hiermit vorsorglich angeordnete Aufschub der Vollstreckbarkeit ohne Weiteres dahin, sollte die Berufungsfrist ungenutzt ablaufen (vgl. Art. 263 ZPO).

V.

33. Der vorliegende Entscheid ergeht während noch laufender Berufungsfrist in Bezug auf den erstinstanzlichen Massnahmeentscheid vom 15. Februar 2018, wobei aufgrund des bereits gestellten Gesuches um Aufschub der Vollstreckbarkeit mit der Einreichung einer Berufung zu rechnen ist. Es erscheint daher sachgerecht, den Entscheid über die Prozesskosten des vorliegenden Gesuchverfahrens in das noch einzuleitende oberinstanzliche Massnahmeverfahren zu verlegen (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO).

Sollte wider Erwarten keine Berufung eingereicht werden, wird über die Prozesskosten des vorliegenden Gesuchverfahrens (inkl. Entschädigung der Kindsvertreterin) mit separatem Entscheid befunden werden.

Der Instruktionsrichter entscheidet:

1. Der Antrag des Gesuchstellers auf Aufschub der Vollstreckbarkeit des Entscheides des Regionalgerichts N._____ vom 15. Februar 2018 (CIV 18 175) wird gutgeheissen.

Die Vollstreckbarkeit des genannten Entscheids wird bis zum rechtskräftigen Abschluss eines noch einzuleitenden Berufungsverfahrens aufgeschoben.

Verstreicht die Berufungsfrist ungenutzt, fällt der hiermit vorsorglich angeordnete Aufschub der Vollstreckbarkeit ohne Weiteres dahin.

2. Im Übrigen wird auf das Gesuch des Gesuchstellers vom 22. Februar 2018 nicht eingetreten.
3. Über die Prozesskosten wird im noch einzuleitenden Berufungsverfahren betreffend den Massnahmeentscheid der Vorinstanz vom 15. Februar 2018 (CIV 18 175) entschieden werden.

Im Falle des Unterbleibens einer Berufung erfolgt die Prozesskostenverlegung für das vorliegende Gesuchverfahren mit separatem Entscheid.

4. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B._____ (unter Beilage eines Doppels der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin [inkl. Beilagen] und der Kindsvertreterin, per Einschreiben; vorab per FAX)
 - der Gesuchsgegnerin, v.d. Rechtsanwältin D._____ (unter Beilage eines Doppels der Stellungnahme der Kindsvertreterin, per Einschreiben, vorab per FAX)
 - der Kindsvertreterin Fürsprecherin P._____ (unter Beilage eines Doppels der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin mit Beilagen, per Einschreiben; vorab per FAX)

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der KESB M._____

Bern, 6. März 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Instruktionsrichter:

Oberrichter Hurni

Die Gerichtsschreiberin:

Wittwer

Rechtsmittelbelehrung auf nächster Seite

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Es ist darzulegen, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). Überdies kann gegenüber Entscheiden, welche vorsorgliche Massnahmen betreffen, nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.