

Effet suspensif et exécution des décisions. Les mesures protectrices de l'union conjugale sont qualifiées de mesures provisionnelles dans le cadre d'un appel, qui n'a dès lors pas d'effet suspensif selon l'art. 315 al. 4 let. b et al. 5 CPC. Dans la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, l'art. 103 al. 1 et 3 LTF trouve application, de sorte que le recours n'a pas un effet suspensif *ex lege*. En l'espèce, la mère a déposé une demande d'exécution de la décision initiale concernant le droit de visite juste après le jugement de deuxième instance, avant que le père dépose un recours devant le Tribunal fédéral. Le tribunal de première instance avait le droit de statuer sur la demande d'exécution de décision, parce que l'effet suspensif n'a pas été ordonné (consid. 2 et 2.2).

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

X.,
Beschwerdeführer,

gegen

Z.,
vertreten durch Rechtsanwalt Lukas Breunig,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Vollstreckung eines Eheschutzurteils,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer,
vom 20. August 2013.

Sachverhalt:

A.

Z. (Ehefrau; geb. 1977) und X. (Ehemann; geb. 1955) haben die gemeinsame Tochter Y. (geb. 2003).

Mit Eheschutzentscheid vom 22. November 2010 stellte das Bezirksgericht Baden die Tochter unter die Obhut des Vaters und gewährte der Mutter ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitag nach Krippenschluss bis Sonntagabend, 19 Uhr, sowie ein Ferienrecht von drei Wochen pro Jahr. Die hiergegen erhobenen Beschwerden des Vaters wiesen das Obergericht des Kantons Aargau am 15. August 2011 und das Bundesgericht am 23. Januar 2012 ab (Verfahren 5A_667/2011).

B.

Mit Vollstreckungsgesuch vom 12. September 2011 stellte die Mutter die Anträge, das Besuchs- und Ferienrecht sei für vollstreckbar zu erklären und dem Vater sei für den Fall der Missachtung die

Ungehorsamsstrafe von Art. 292 StGB anzudrohen.

Nach Einvernahme der Parteien und der Beiständin des Kindes erklärte das Bezirksgericht Baden mit Entscheid vom 15. Juni 2012 das Eheschutzurteil für vollstreckbar und verpflichtete den Vater, die Tochter jedes zweite Wochenende von Freitag nach Krippenschluss bis Sonntagabend, 19 Uhr, der Mutter auf Besuch zu geben und ihr drei Wochen Ferien zu gewähren, unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB im Missachtungsfall.

Mit Entscheid vom 20. August 2013 wies das Obergericht des Kantons Aargau die hiergegen erhobene Beschwerde ab.

C.

Am 4. Oktober 2013 hat X. gegen diesen Entscheid eine Beschwerde erhoben mit dem Begehren um dessen Aufhebung. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid erging in einem Verfahren zur Vollstreckung eines Urteils in Zivilsachen. Solche Entscheide unterliegen gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; Urteil 4A_31/2008 vom 6. März 2008 E. 1). Besuchsrechte sind nicht vermögensrechtlicher Natur, weshalb keine Streitwerterfordernisse gelten. Die Beschwerde ist somit zulässig.

2.

Die Mutter stellte ihr Vollstreckungsgesuch kurz nach Erlass des obergerichtlichen Eheschutzentscheides, noch bevor der Vater dagegen beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben hatte. In erster Linie ist strittig, ob diese ex lege aufschiebende Wirkung gemäss Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG hatte oder ob das Besuchsrecht in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 1 BGG fiel und der obergerichtliche Entscheid deshalb sofort vollstreckbar war (in der Beschwerde in Zivilsachen wurde die aufschiebende Wirkung zwar verlangt, aber nicht erteilt, sondern vielmehr das betreffende Gesuch im Sachentscheid vom 23. Januar 2012 als gegenstandslos abgeschlossen).

2.1. Das Obergericht hat erwogen, im Unterschied zu Leistungsurteilen seien Gestaltungsurteile der Vollstreckung nicht zugänglich. So habe namentlich der Entscheid über die Zuteilung von Obhut und elterlicher Sorge rechtsgestaltende Wirkung, während sich die Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts nicht als Gestaltungsurteil qualifiziere, denn mit dieser Regelung sei ein Leistungsbefehl an die gegnerische Partei verbunden. Vorliegend sei über die Zuteilung der Obhut über Y. bereits mit dem erstinstanzlichen Eheschutzurteil rechtskräftig entschieden worden; Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens vor Ober- und Bundesgericht sei einzig noch die Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts gewesen. Für das bundesgerichtliche Verfahren sei mithin Art. 103 Abs. 1 BGG massgeblich und der obergerichtliche Entscheid vom 15. August 2011 sei somit einstweilig vollstreckbar gewesen.

2.2. Der Beschwerdeführer hält diese Sichtweise für fraglich. Er macht geltend, das Bezirksgericht habe sowohl über das Obhuts- als damit zusammenhängend auch über das Besuchsrecht entschieden. Es erscheine willkürlich, wenn die eine Komponente mit dem Rechtsmittel aufgeschoben würde und die andere sofort vollstreckbar wäre.

2.3. Im Ursprungsverfahren ging es um einen Eheschutzentscheid, welcher im Berufungsverfahren

eine vorsorgliche Massnahme darstellt, die nicht unter Art. 315 Abs. 3 ZPO, sondern in den Anwendungsbereich von Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO fällt (BGE 137 III 475 E. 4.1 S. 477; 138 III 565 E. 4.3.1 S. 566 und nicht publ. E. 4.2). Das bedeutet, dass der erstinstanzliche Entscheid insgesamt, d.h. auch mit Bezug auf rechtsgestaltende Punkte wie die Obhutsregelung keine aufschiebende Wirkung ex lege hat, sondern es einer entsprechenden Verfügung des Obergerichtes bedarf. Gleiches gilt für das bundesgerichtliche Verfahren, in welchem Eheschutzentscheide ebenfalls als vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG gelten (BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 396 f.), was übrigens im Urteil 5A_667/2011 vom 23. Januar 2012 in E. 1.3 festgehalten wurde. Entsprechend ihrer Natur fallen vorsorgliche Massnahmen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG, welcher restriktiv zu handhaben ist (Urteil 4A_116/2007 vom 27. Juni 2007 E. 2, nicht publ. in BGE 133 III 490) und nur Gestaltungsurteile des ordentlichen Verfahrens betrifft (vgl. exemplarische Aufzählung in der Botschaft, BBl 2001 S. 4342), sondern unter die allgemeine Regelung von Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG, wonach der Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt, diese indes instruktionsweise erteilt werden kann. Davon ging offensichtlich auch der Beschwerdeführer aus, hat er doch im Beschwerdeverfahren 5A_667/2011 die aufschiebende Wirkung verlangt. Indes wurde diese nicht gewährt und das betreffende Gesuch im Sachurteil vom 23. Januar 2012 als gegenstandslos abgeschrieben. **Mithin war die Vollstreckbarkeit des obergerichtlichen Entscheides vom 15. August 2011 in keinem Zeitpunkt gehemmt und das Bezirksgericht durfte das Vollstreckungsgesuch vom 12. September 2011 beurteilen.**

3.

Mit Bezug auf das Vollstreckungsverfahren kritisiert der Beschwerdeführer, dass das Kind nicht angehört worden sei. Er verweist dabei auf aArt. 144 ZGB und diesbezügliche Entscheide.

Vorab ist festzuhalten, dass der frühere Art. 144 ZGB durch Art. 298 ZPO abgelöst worden ist. Dieser betrifft, wie das auch bei aArt. 144 ZGB der Fall war, das Erkenntnisverfahren. Zwar kann ausnahmsweise auch im Vollstreckungsverfahren eine (erneute) Anhörung geboten sein (vgl. Urteil 5A_388/2008 vom 22. August 2008 E. 3; der materielle Entscheid lag mehrere Jahre zurück und es fanden in all den Jahren kaum Kontakte statt, so dass der materielle Entscheid nicht entsprechend vollzogen werden konnte, sondern im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens diverse Änderungen im Besuchsregime vorgenommen wurden; sodann war die Anhörung des inzwischen elfjährigen Kindes ausdrücklich verlangt worden). Vorliegend scheidet jedoch der Vorwurf, dass das Kind nicht angehört worden sei, bereits daran, dass der Beschwerdeführer nicht darlegt, ob und wann er im kantonalen Verfahren einen entsprechenden Beweisantrag gestellt hätte. Bei jüngeren Kindern dient nämlich die Anhörung - welche grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Lebensjahr möglich ist (BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557) - ausschliesslich der Sachverhaltsabklärung und muss deshalb im Sinne eines Beweismittels ausdrücklich angerufen werden (vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1 S. 554, E. 1.2.4 S. 557 und E. 1.4 S. 559; sodann Urteile 5C.209/2005 vom 23. September 2005 E. 3.1; 5A_117/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 4.2; 5A_626/2009 vom 25. November 2009 E. 5.1; 5A_756/2009 vom 29. Januar 2010 E. 3.1; 5A_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.2 und 2.3; 5A_473/2013 vom 6. August 2013 E. 3).

4.

Was die Vollstreckung als solche anbelangt, ist die faktische Durchsetzbarkeit des Besuchsrechts umstritten.

4.1. Das Obergericht hat für den Sachverhalt auf den erstinstanzlichen Vollstreckungsentscheid verwiesen, wonach die Parteien übereinstimmend aussagten, dass Y. seit Juli 2011 jeden Samstag bei der Mutter verbracht habe. Ausserdem habe sie im Februar 2012 auch bei ihr übernachtet, was gut funktioniert habe. Am nächsten Besuchswochenende habe sie allerdings nicht mehr bei ihr übernachten wollen, weil der neue Freund der Mutter da gewesen sei und sie im Kinderzimmer habe

übernachten müssen. Der Vater habe dazu ausgeführt, Y. dürfe nicht vor vollendete Tatsachen gestellt, sondern nur mit Situationen konfrontiert werden, die für sie eine gewisse Voraussehbarkeit hätten. Die Mutter habe demgegenüber vermutet, dass der Vater die Tochter beeinflusse, und im Übrigen festgehalten, dass sie Y. jeweils im Voraus telefonisch mitteile, was sie vorhätten. Die Beiständin des Kindes habe als Zeugin gemutmasst, dass Y. Mühe habe, den Vater alleine zu lassen.

In rechtlicher Hinsicht hat das Obergericht festgehalten, dass die Vollzugsbehörde an rechtskräftige Anordnungen grundsätzlich gebunden sei; Einwänden, welche das Besuchsrecht grundsätzlich und auf Dauer in Frage stellten, sei auf dem Weg der Urteilsabänderung Rechnung zu tragen. Die seit langem praktizierten eintägigen Besuche am Samstag würden problemlos funktionieren und nichts deute auf eine massive Beeinträchtigung, wenn in Vollzug des Erkenntnisurteils die Besuche mit einer Übernachtung stattfinden würden. Gemäss Darstellung des Vaters handle es sich um ein Machtspiel des Kindes; Y. blocke je nach Tagesverfassung ab und weine fast. Dies deute weder auf eine ernsthafte Weigerung noch auf eine Gefährdung des Kindes, sondern zeuge viel mehr vom fehlenden väterlichen Willen, das Besuchsrecht auf erzieherisch geeignete Art und Weise umzusetzen.

4.2. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Besuchsrecht lasse sich nicht polizeilich durchsetzen, übersieht er, dass im angefochtenen Urteil gar nicht die Polizei mit dem Vollzug beauftragt wird, sondern das Besuchsrecht mittels Strafbewehrung indirekt durchgesetzt werden soll. Diese Vollstreckungsmassnahme ist in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO ausdrücklich genannt und sie ist auch im Zusammenhang mit Besuchsrechten möglich (KELLERHALS, in: Berner Kommentar, N. 102 zu Art. 343 ZPO m.w.H.).

Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, wenn die Tochter am Ende des Besuchstages nicht bei der Mutter übernachten, sondern zu ihm zurückkehren wolle, befinde sie sich ja gar nicht in seinem Einflussbereich. Damit lässt sich keine Bundesrechtswidrigkeit darzutun. Im obergerichtlichen Entscheid wird zutreffend festgehalten, dass der Vater als Inhaber der Obhut die Pflicht hat, das Kind positiv auf die Besuchswochenenden vorzubereiten und die Umsetzung des Besuchsrechts in jeder Hinsicht zu fördern (Urteil 5A_505/2013 vom 20. August 2013 E. 6.3). Das heisst, dass er sich nicht einfach hinter den Launen des Kindes verstecken kann und vorschieben darf, dieses wünsche keine ausgedehnten Kontakte (Urteil 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Darauf, d.h. auf die Umsetzung der beschriebenen väterlichen Erziehungspflichten, welche vorliegend in einer positiven Beeinflussung des Kindes und Förderung des Besuchsrechtes bestehen (vgl. auch Art. 274 Abs. 1 ZGB), zielt die Strafbewehrung, mit welcher das im Erkenntnisverfahren festgelegte Besuchsrecht verstärkt worden ist.

5.

In seinen Ausführungen wendet sich der Beschwerdeführer schliesslich dagegen, dass der Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde. Zu diesem Vorbringen ist er jedoch - unabhängig von der Frage der Beschwer - nicht legitimiert, weil es sich um ein Administrativverfahren zwischen Staat und betroffener Partei handelt (sog. Einparteienverfahren), bei welchem dem anderen Ehegatten keine formelle Parteistellung zukommt (BÜHLER, in: Berner Kommentar, N. 115 zu Art. 119 ZPO).

Sodann hat das Obergericht den Beschwerdeführer verpflichtet, die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren direkt dem unentgeltlichen Rechtsanwalt der obsiegenden Gegenpartei zu zahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm damit das Verrechnungsrecht mit den ausstehenden Alimenten genommen werde. Dies trifft zu, aber das Vorgehen des Obergerichtes ist rechtskonform: Die herrschende Lehre geht davon aus, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht nur für die subsidiäre staatliche Entschädigung, sondern auch für die prioritäre Parteikostensersatzforderung ein eigenes und persönliches Forderungsrecht hat (Bühler, a.a.O., N. 59 zu Art. 122 ZPO mit umfassenden Verweisen auf die Lehre).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenseite ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. Februar 2014

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli