

AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.131 vom 20. November 2023

Ag Zivilgericht, 2023-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2023.131

FR: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.131 du 20 novembre 2023

IT: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.131 del 20 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 4. November 2022 reichte die Kantonspolizei Aargau beim Familiengericht Q._____ eine Gefährdungsmeldung aufgrund eines Vorfalls von häuslicher Gewalt im Haushalt der Parteien am 2. November 2022 ein. Es bestehe ein hohes Gewaltisiko des Vaters (Beklagten) gegenüber der Familie. Es wurde beim Familiengericht Q._____ das Verfahren KE.2022.678 für die Kinder C._____ (geb. tt.mm. 2006) und D._____ (geb. tt.mm. 2012) der Parteien eröffnet.

E. 1.1

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird die Dispositiv-Ziffer 3.2.1 des Entscheids des Bezirksgerichts Q._____, Präsidium des Familiengerichts, vom 9. März 2023 aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt:

E. 1.2

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2. Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird der Klägerin zu drei Vierteln mit Fr. 1'500.00 und dem Beklagten zu einem Viertel mit Fr. 500.00 auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. - 17 - 4. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung im Berufungsverfahren wird abgewiesen. Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Aarau, 20. November 2023 Obergericht des Kantons Aargau

E. 1.3

Eventualiter bzw. Subeventualiter seien die Ziffer 3.2.1. und Ziff. 6. des [angefochtenen] Urteils aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der ausdrücklichen Anweisung, die Kinder C._____ und D._____ anzuhören. 2. Der Berufung sei im Hinblick auf Ziff. 3.2.1. des [angefochtenen Entscheids] die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

E. 2.1

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2022 beantragte die Klägerin beim Gerichtspräsidium Q._____ die Regelung des Getrenntlebens u.a. mit den Begehren, die Kinder C._____ und D._____ seien unter ihre Obhut zu stellen und auf ein Besuchs- und Ferienrecht des Beklagten sei zu verzichten.

E. 2.2

Mit Klageantwort vom 18. Januar 2023 beantragte der Beklagte u.a., es seien die Kinder unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen und es sei ein angemessenes Ferienbesuchsrecht festzulegen.

E. 2.3

Mit Eingabe vom 23. Januar 2023 beantragte die Klägerin ergänzend, ihr sei das alleinige Sorgerecht betreffend die Kinder zuzuweisen.

E. 2.4

Am 9. März 2023 fand vor dem Gerichtspräsidium Q._____ die Verhandlung statt, zu welcher der Beklagte nicht (resp. nur dessen Rechtsvertreter) erschien. Die Klägerin wurde befragt. Mit gleichentags gefälltem Entscheid wurden C._____ und D._____ unter die Obhut der Klägerin gestellt (Ziff. 3.1). Der Beklagte wurde berechtigt, D._____ jeden zweiten Samstag von 14.00 - 18.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Ein weitergehendes oder anderslautendes Besuchsrecht oder ein Ferienrecht wurde der Absprache der Parteien überlassen (Ziff. 3.2.1). Das Begehren der Klägerin betreffend alleiniges Sorgerecht wurde abgewiesen (Ziff. 6 [Abweisung weiterer Begehren, soweit darauf eingetreten werden könne]).

E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer). [...] Es seien mit den Kindern C._____ und D._____ durch das angerufene Berufungsgericht eine Kinderanhörung durchzuführen." Mit separater Eingabe vom 19. Juni 2023 beantragte die Klägerin für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Eventuell sei ihr Frist anzusetzen, um beim Gerichtspräsidium Q._____ ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren einzureichen.

E. 3.1

In erster Instanz hatte die Klägerin mit Eingabe vom 23. Januar 2023 in Ergänzung ihrer Klagebegehren vom 9. Dezember 2022 das alleinige Sorgerecht betreffend die Kinder D._____ und C._____ beantragt (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 2.1 und 2.3). Es sei sicher im Interesse des Kindeswohls, wenn der Beklagte aus der elterlichen Mitverantwortung

entlassen werde. Er nehme diese nicht bzw. nicht in angemessener Weise wahr. Es sei keine Kommunikation zwischen den Parteien mehr möglich und ihr sei dies auch nicht mehr zuzumuten. Dem Beklagten fehle es "an Kooperationsbereitschaft auf Grundlage einer kindergerechten Erziehung". Sie und die Kinder hätten Angst vor ihm. Das gemeinsame Sorgerecht stelle "auf Dauer ein Hindernis des Kindeswohls" dar (act. 74 f.). In der vorinstanzlichen Verhandlung führte der Rechtsvertreter der Klägerin aus, die Kinder fürchteten sich vor dem Beklagten; "deshalb" sei nicht vorstellbar, wie eine gemeinsame elterliche Sorge weiterhin ausgeübt werden könnte. Die Eltern müssten kommunizieren; der Beklagte müsste zu den Kindern ein "Mindestmass an Verhältnis" haben (act. 104). Die Vorinstanz (Urteil, Erw. 3) verweigerte der Klägerin die alleinige elterliche Sorge. Ihre Aussagen liessen den Schluss zu, dass der Beklagte während des ehelichen Zusammenlebens seiner Vaterrolle wenig gerecht worden sei und im Rahmen von Pflege und Erziehung wenig oder gar nichts zum Wohl der Kinder beitragen habe. Seit der Trennung obliege es weiterhin der Klägerin, allen Kinderbelangen nachzukommen. Die gemeinsame elterliche Sorge werde aktuell gleich gelebt wie früher, woraus zu schliessen sei, dass der Beklagte wenigstens nicht störe. Es seien keine Sachverhalte geschildert worden, in welchen sich der Beklagte als Inhaber der elterlichen Sorge entgegen dem Kindeswohl verhalten hätte (z.B. zum Schaden eines Kindes dringend notwendige Zustimmungen nicht gegeben hätte). Die im Sozialbericht ausgemachte Kindeswohlgefährdung stehe nicht im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge. Aktuell sei keine Sachverhaltsprognose möglich, welche die Frage beantworte, ob

- 6 - das gemeinsame Sorgerecht eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls befürchten liesse. Konkrete aktenmässig erstellte Anhaltspunkte, dass die gemeinsame elterliche Sorge eine Kindeswohlgefährdung darstelle, lägen nicht vor. Die Frage der elterlichen Sorge sei ins wohl bald bevorstehende Scheidungsverfahren zu vertagen. Die Klägerin hält in ihrer Berufung (S. ff.) an der alleinigen elterlichen Sorge fest. Im Wesentlichen bringt sie das Folgende vor: Es bestehe ein schwerwiegender Dauerkonflikt der Parteien und eine anhaltende Kommunikationsunfähigkeit des Beklagten. Dadurch seien die Kinderbelange als Ganzes tangiert, was sich negativ auf das Kindeswohl auswirke. Bei einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an sie könne eine Verbesserung erwartet werden. Gemäss Sozialbericht wolle der Beklagte alt hergebrachte kulturelle Vorstellungen in der Familie gewaltsam durchsetzen, und die Drohungen, Beschimpfungen und Beleidigungen gingen auch nach der Trennung weiter. Zudem fühlte er sich um seine Unterhaltspflicht. Mit dem Beklagten, der nicht an der Verhandlung teilgenommen habe, funktioniere eine sachliche Kommunikation nicht mal mit Unterstützung von Rechtsanwälten, was zeige, dass er nicht an einer Lösung interessiert sei. Die gemeinsame elterliche Sorge habe zur Folge, dass sie alle Verantwortung trage und dem Beklagten die Möglichkeit belassen werde, Abhängigkeiten zu schaffen. Die Vorinstanz reduziere die Bedeutung der elterlichen Sorge auf das Erteilen von dringend notwendigen Zustimmungen. Es genüge nicht, wenn der Beklagte einfach "nicht störe"; er zeige keinerlei Interesse an den Kinderbelangen. Wie er künftige Entscheidungen verantwortungsvoll mittätigen sollte, bleibe unklar.

E. 3.2

Minderjährige Kinder stehen unter der gemeinsamen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Das Gericht überträgt einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Diese gesetzliche

Regelung beruht auf der Annahme, dass dem Wohl der Kinder am besten gedient ist, wenn die Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Von diesem Grundsatz soll nur dann abgewichen werden, wenn eine andere Lösung die Interessen ausnahmsweise besser wahrt. Die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein muss deshalb eine eng begrenzte Ausnahme bleiben. Eine solche Ausnahme fällt in Betracht, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden Dauerkonflikt stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Probleme zwischen den Eltern das Kindeswohl konkret in einer negativen Weise beeinträchtigen. Drittens setzt die Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge voraus, dass Aussicht darauf besteht, mit der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein eine Entlastung der Situation herbeizuführen (BGE 142 III 197 Erw. 3.5 und 3.7, 142 III 1 Erw. 3.3, 141 III 472

- 7 - Erw. 4.6 und 4.7). Es muss aufgrund einer tatsachenbasierten Sachverhaltsprognose geprüft werden, ob das gemeinsame Sorgerecht eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls befürchten lässt (BGE 5A_903/2016 Erw. 4.1) bzw. ob eine Alleinsorge zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (BGE 5A_106/2019 Erw. 5).

E. 3.2.1.1

Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, den Sohn D._____ vorerst im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts, jedes zweite Wochenende pro Monat 3 Stunden zu besuchen. Dieses Besuchsrecht gilt vorerst für ein halbes Jahr seit dessen erstmaligen Ausübung. Ein abweichendes oder weitergehendes Besuchsrecht sowie ein allfälliges Ferienrecht des Kindsvaters bleiben nach Absprache unter den Parteien und des Beistandes und unter Wahrung des Kindeswohls vorbehalten.

E. 3.2.1.2

Für den Sohn D._____ wird eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB mit der Aufgabe der Organisation und Überwachung der (vorerst begleiteten) Besuchskontakte errichtet. Die Kosten für die begleiteten Besuchskontakte werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Das Familiengericht Q._____ als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird mit der Ernennung eines Beistandes beauftragt.

E. 3.3

Mit Eingaben vom 25. Juli und 3. August 2023 brachte die Klägerin Noven betreffend ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor.

E. 3.3.1

Was den Gegenstand des (schwerwiegenden und chronischen) Elternkonflikts betrifft, den die Klägerin erstmals in ihrer Berufung behauptet (Erw. 3.1 Abs. 1 und 3 oben), müssen entweder grundsätzliche Fragen der elterlichen Sorge bzw. die Eckpunkte der Lebensplanung für das Kind betroffen sein oder der Konflikt muss sich auf verschiedene von der elterlichen Sorge umfasste Lebensbereiche (Ausbildung, religiöse Erziehung, medizinische Pflege oder ähnliches) erstrecken (BGE 5A_886/201 Erw. 4.4.4); er muss sich auf die Kinderbelange als Ganzes beziehen (BGE 5A_959/2019 Erw. 4.3.1). Streitereien einzig um finanzielle Angelegenheiten (BGE 5A_489/2019 Erw. 4.3), wie sie die Klägerin vorbringt (der Beklagte zahle keinen Unterhalt), sind grundsätzlich ungenügend. Der vorinstanzlichen Feststellung, wonach keine Sachverhalte geschildert worden seien, in welchen sich der Beklagte als Inhaber der elterlichen Sorge entgegen dem

Kindeswohl verhalten hätte, hielt die Klägerin in ihrer Berufung sodann nichts Stichhaltiges entgegen. Die Klägerin bestritt – zu Recht – auch nicht, dass die im Sozialbericht Kinderschutz vom 27. Dezember 2022 (act. 39 ff.) ausgemachte Kindeswohlgefährdung nicht im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge steht. In der Vergangenheit allen- falls vereinzelt aufgetretene Auseinandersetzungen oder Meinungsver- schiedenheiten erreichen das für die Alleinzuteilung erforderliche Konflikt- niveau nicht (BGE 5A_969/2019 Erw. 4.2.1, 8A_809/2018 Erw. 4.3 f., 5A_819/2016 Erw. 6.4). Das Vorliegen eines schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikts, der das Kindeswohl der beiden Kinder D._____ und C._____ konkret in einer negativen Weise - und zwar erheblich (BGE 5A_81/2016 Erw. 5, 5A_186/2016 Erw. 4) - beeinträchtigt resp. be- einträchtigen könnte, ist damit zum Vornherein nicht erstellt. Bloss abs- trakte Befürchtungen oder Mutmassungen, dass sich – wie die Klägerin sie offensichtlich hegt (Erw. 3.1 Abs. 1 oben [das gemeinsame Sorgerecht stelle "auf Dauer ein Hindernis des Kindeswohls" dar]) - der Konflikt bei Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge ausweiten könnte, genügen nicht (vgl. BGE 142 III 8 Erw. 3.5). Uneinigkeit beziehungsweise Divergen- zen bei den Erziehungsansichten – in erster Instanz warf die Klägerin dem Beklagten eine "nicht kindergerechten Erziehung" vor (vgl. Erw. 3.1 Abs. 1 oben) - bieten für sich alleine keinen Anlass für die Alleinzuteilung der el- terlichen Sorge an einen Elternteil (vgl. BGE 5A_186/2016 Erw. 4). Dazu kommt, dass die Klägerin nicht näher darlegt, inwiefern im Rahmen einer Wahrscheinlichkeitsprognose bei einer Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an sie eine Entlastung der Situation herbeigeführt werden könnte.

- 8 - Vielmehr stellt die Klägerin nicht in Abrede, dass der Beklagte gar "nicht stört".

E. 3.3.2

Fehlender Kooperationswille und fehlende Kooperationsfähigkeit eines El- ternteils, was beim Beklagten gemäss Klägerin ebenfalls der Fall sein soll, müssen nicht per se zur Zuteilung der Alleinsorge an einen (resp. den an- deren) Elternteil führen, weil die gesetzlichen Regelungen in den Art. 301 Abs. 1bis und Art. 301a ZGB sowie die hoheitliche Regelung der Obhut oder der Betreuung (Art. 298 ZGB) die Bewältigung der alltäglichen und dringli- chen Angelegenheiten sicherstellen können und die Auswirkungen eines Nichtkooperierens somit den "normalen Alltag" nicht tangieren müssen (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: Berner Kommentar, Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft, Bern 2016, N. 24 zu Art. 298 ZGB). Immerhin ist für eine gemeinsame el- terliche Sorge erforderlich, dass die Eltern in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und we- nigstens ansatzweise einvernehmlich handeln können. Andernfalls führt ein gemeinsames Sorgerecht fast zwangsläufig zu einer Belastung des Kin- des, die anwächst, sobald das Kind das fehlende Einvernehmen der Eltern selber wahrnehmen kann. Es liegt auch offensichtlich nicht im Kindeswohl, wenn für jede Einzelfrage ein behördliches Verfahren zu eröffnen wäre, in welches das Kind mit zunehmendem Alter hineingezogen würde. Im Übri- gen drohen auch Gefahren wie die Verschleppung wichtiger Entscheidun- gen zum Beispiel im Zusammenhang mit notwendiger medizinischer Be- handlung (BGE 142 III 197 Erw. 3.5; vgl. auch BGE 146 III 320 Erw. 6.2.3 ff.). Eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge zufolge beeinträchtigter Kom- munikations- und Kooperationsfähigkeit kommt aber nur in Frage, sofern dieses Defizit in anhaltender Ausprägung vorliegt und es sich negativ auf das Kindeswohl

auswirkt (vgl. BGE 142 III 62 Erw. 3, 141 III 478 Erw. 4.6; BÜCHLER/CLAUSEN, in: FamKommentar Scheidung [FamKomm.], 4. Aufl., Bern 2022, N. 27 zu Art. 298 ZGB). Hiervon ist bei Eltern auszugehen, zwischen denen wegen vollständig fehlender Kommunikation seit langer Zeit kein Austausch mehr stattgefunden hat (BGE 5A_1044/2018 Erw. 2.2, 5A_875/2017 Erw. 2.4, 5A_426/2017 Erw. 5.1, 5A_320/2017 Erw. 6.3 [seit zehn Jahren]). Die Alleinzuteilung zufolge mangelhaften Kooperations- und Kommunikationsverhaltens sollte zudem nur bei einem schweren Grad einer Kindeswohlgefährdung erfolgen (vgl. BÜCHLER/CLAUSEN, a.a.O., N. 31 zu Art. 298 ZGB). Vorliegend ist nach dem Gesagten (vgl. Erw. 3.3.1 oben) nicht davon auszugehen, dass das gemeinsame Sorgerecht eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls der beiden Kinder D._____ und C._____ befürchten lässt bzw. dass eine Alleinsorge der Klägerin zur Wahrung des Kindeswohls schlechterdings notwendig ist. Hinweise auf eine konkrete und erhebliche Kindeswohlgefährdung bei Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge sind nicht ersichtlich. Zudem ist aufgrund der Akten nicht erstellt, dass zwischen den Parteien geradezu seit langer

- 9 - Zeit und zudem überhaupt kein irgendwie gearteter Austausch mehr in Bezug auf Kinderbelange stattgefunden hätte. Dass der Beklagte keinerlei Interesse an den Kinderbelangen hätte, wie ihm die Klägerin unterstellt, kann sodann auch nicht ohne Weiteres aus der Nichtteilnahme des Beklagten an der vorinstanzlichen Verhandlung und dem Nichterstaten einer Berufungsantwort gefolgert werden, jedenfalls nachdem ihm die Vorinstanz entgegen den Anträgen der Klägerin nicht nur die elterliche Sorge belassen, sondern auch ein Besuchsrecht eingeräumt hat (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 2.1 und 2.4) und er (wenn auch unaufgefordert) am Tag der obergerichtlichen Kinderanhörung beim Obergericht in Aarau erschienen ist.

E. 3.3.3

Zusammenfassend ist der Vorinstanz weder eine falsche Sachverhaltsfeststellung noch (in Form einer fehlerhaften Ermessensausübung) eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 ZPO) zum Vorwurf zu machen, indem sie den Parteien die gemeinsame elterliche Sorge belassen hat. Dies führt zur Abweisung der Berufung der Klägerin, soweit sie damit die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an sich beantragt.

E. 3.4

Der Beklagte erstattete keine Berufungsantwort.

- 4 -

E. 3.5

Am 18. Oktober 2023 wurden die Kinder D._____ und C._____ gerichtlich angehört. Mit Eingaben vom 19. und 25. Oktober 2023 (Klägerin) äusserte sich die Klägerin zur Anhörung bzw. zum Anhörungsprotokoll und hielt an den bisherigen Anträgen fest. Dem Beklagten konnte die A-Postsendung mit dem Anhörungsprotokoll (wiederholt) nicht zugestellt werden (Retour mit dem Vermerk: "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden"). Das Obergericht zieht in Erwägung: 1.

E. 4.1

Zum dem Beklagten gegenüber D._____ eingeräumten Besuchsrecht erwog die Vorinstanz (Urteil, Erw. 5): Die Vaterqualitäten des Beklagten erschienen beeinträchtigt. Immerhin sei aus der Hafteinvernahme eine gewisse Einsicht erkennbar. Der Beklagte habe jetzt länger

keinen richtigen Kontakt zu D._____ gehabt. Die gemeinsame Vergangenheit sei belastet durch diverse unschöne Ereignisse. Es sei zu hoffen, dass sich die Vater- Sohn-Beziehung wieder etablieren könne. D._____ könne mit bald 11 Jahren gegenüber dem Vater einerseits seine eigenen Bedürfnisse äussern. Andererseits wäre er in der Lage, eine weiterhin ungünstige Entwicklung zeitnah gegenüber der Klägerin und seiner Schwester zu kommunizieren, was dann allenfalls Konsequenzen in Bezug auf das Kontaktrecht hätte. Aufgrund der von der Klägerin geschilderten und belegten Situation sowie den fehlenden Angaben des Beklagten zu seiner Befindlichkeit und zu seiner Wohnsituation sei sein Besuchsrecht zurückhaltend (jeden zweiten Samstag von 14.00 - 18.00 Uhr) festzulegen. Dieses Besuchsrecht bedürfe seitens des Beklagten einer behutsamen und kindgerechten Annäherung sowie einer positiven Umsetzung, damit eine Verweigerung durch D._____ vermieden werden könne. Es müsse dem Beklagten klar sein, dass ein Besuchsrecht in der Praxis zur Wahrung des Kindeswohls nicht polizeilich vollstreckt würde, sondern allenfalls andere, zu Lasten seines Kontaktrechts gehende Massnahmen getroffen werden müssten.

- 10 - Die Klägerin beharrt in ihrer Berufung (S. 12 ff.) darauf, dass dem Beklagten vorerst kein Besuchsrecht zuzubilligen sei. Es stehe der Vorwurf erheblicher physischer Gewalt im Raum. D._____ habe geäussert, er sei vom Beklagten mit dem Gürtel geschlagen worden. Laut Sozialbericht und auch nach ihrer Wahrnehmung wolle D._____ bis auf Weiteres keinen Kontakt zum Beklagten. Die Kinder hätten klargemacht, dass sie ein angeordnetes Besuchsrecht boykottieren würden. Der Beklagte habe dieses nun auch nie eingefordert. Es verkomme damit einzig zu einem "möglichen Mittel weitergehender Schikanen". Die Vorinstanz beschönige das Verhalten des Beklagten. Er habe sich nicht gebessert. Am 18. Oktober 2023 wurden D._____ und C._____ durch den obergerichtlichen Instruktionsrichter angehört. D._____ gab an, dass er mit C._____ bei seiner Mutter wohne. Er verstehe sich "sehr sehr" gut mit seiner Mutter, sie sei die "Beste". Seinen Vater habe er schon lange nicht mehr gesehen. Er habe überhaupt keinen Kontakt zu ihm. Der Vater schlage und schreie; er habe seine Schwester mit etwas Kleinem - wie Süßigkeiten - beworfen. Auch er sei geschlagen worden, mit einer Fliegenklatsche. An der Seite, am Oberschenkel, an den Armen, an der Hand. Sein Vater werde immer wütend, z.B. wenn D._____ was runterfalle, er lache oder mit seiner Schwester streite. Der Vater wolle "nie Frieden im Haus". Zur Frage, ob er seinen Vater nicht wiedersehen möchte, führte D._____ aus: Da kotze er nachher. Er wolle ihn "safe" nicht mehr sehen. Nachdem, was der Vater alles gemacht habe (Schlagen; Bilder, Laptop, Türe und Schrank kaputt gemacht), wolle er "dieses Gesicht" nicht mehr sehen. Er wolle seine Stimme und auch sonst nichts mehr von ihm hören. Er wolle seinen Vater auch in Begleitung nicht sehen. Er wolle, dass er weg, sei, Luft. C._____ erzählte, dass ihr Verhältnis zur Mutter angenehm und gut sei; sie seien stark verbunden. Ihren Vater habe sie letztmals im Winter (Januar/Februar 2023) gesehen. Beim letzten Kontakt hätten sie Streit gehabt. Nachdem sie dann vom Vater nichts mehr gehört habe, habe sie ihn gesperrt. Der Vater habe sie nur "aus eigenen Interessen" kontaktiert (er habe wegen Geld [sie habe ja einen Lehrlingslohn] gefragt, und er habe gewollt, dass sie der Mutter was von ihm ausrichte). Auf die Frage, ob sie gute oder schlechte Erinnerungen an ihren Vater habe, antwortete C._____, dass ihre Erinnerungen "nicht grad gut" seien, ausser wenn die Mutter dabei gewesen sei. Sie könne sich nicht an etwas speziell Schönes erinnern. Es habe oft Streitereien gegeben zwischen ihr und dem Vater resp. dem Vater und der Mutter. Es habe Streit wegen Kleinigkeiten gegeben, die dann eskaliert seien. Sehr zögerlich berichtet C._____ von Handgreiflichkeiten. Der Vater habe mit der Faust geschlagen, sie an den Haaren oder am Arm gezogen. Sie habe ihre Mutter oft mit blauen

Flecken gesehen; direkt mitbekommen habe sie die Vorfälle nicht. Es sei auch zum Streit zwischen dem Vater und D._____ (er sei ein Muttersöhnchen und immer auf der Seite der Mutter) gekommen. Sie "glaube", D._____ sei mal mit einem Gürtel geschlagen worden. Sie habe es aber nicht richtig

- 11 - gesehen; sie sei nur schnell aus ihrem Zimmer gegangen, weil sie D._____ weinen gehört habe, und sei dann wieder zurück in ihr Zimmer. Sie habe mit D._____ nicht über diesen Vorfall geredet. Sie möchte keinen Kontakt zum Vater. Mit Stellungnahme vom 25. Oktober 2023 stellte die Klägerin fest, dass die Kinder anlässlich ihrer Anhörung vor Obergericht (und auch anlässlich ihrer polizeilichen Anhörung vom 17. August 2023) die in der Berufung geschilderten Vorwürfe von Gewalt und Drohung wie auch die damit verbundenen Ängste bestätigt hätten. Der Beklagte habe gegen Frau und Kinder physische Gewalt ausgeübt. D._____ Wunsch, seinen Vater nicht sehen zu wollen, sei zu respektieren. D._____ gehe es heute ohne Kontakt zum Vater gut. Ein erzwungener Kontakt wäre kontraproduktiv.

E. 4.2.1

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 2 ZGB). Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 5A_929/2022 Erw. 2.1.1). In diesem Sinn hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 5A_359/2022 Erw. 5.1.2). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Das Wohl des Kindes ist gefährdet, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Als wichtige Gründe fallen z.B. Vernachlässigung, physische Misshandlungen und übermässige psychische Belastungen des Kindes in Betracht (BGE 5A_514/2018 Erw. 4.3.2, 5A_530/2018 Erw. 4.1). Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. Eine Einschränkung darf in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten erfolgen (BGE 130 III 589 Erw. 2.2.1), und der gänzliche (endgültige) Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt nur als ultima ratio in Frage; er ist einzig statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig, z.B. durch ein begleitetes Besuchsrecht (SCHWENZER/COTTIER, in: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basler Kommentar [BSK-ZGB], 7. Aufl.,

- 12 - Basel 2022, N. 5 und 16 zu Art. 274 ZGB), in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 122 III 404 Erw. 3b, 120 II 233 Erw. 3a/bb).

E. 4.2.2

Das Besuchsrecht steht dem nicht obhutsberechtigten Elternteil um seiner Persönlichkeit willen zu und darf ihm nicht ohne wichtige Gründe (vgl. oben) ganz abgesprochen werden.

Eine Gefährdung des Kindeswohls ist insofern nicht leichthin anzunehmen und kann nicht schon deswegen bejaht werden, weil beim betroffenen Kind eine Abwehrhaltung gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil festzustellen ist (BGE 5A_932/2012 Erw. 5.1). Der Wille des Kindes ist eines von mehreren Kriterien beim Entscheid über den persönlichen Verkehr (BGE 5A_463/2017 Erw. 4.5.5, nicht publiziert in: BGE 144 III 442). Die Weigerung des Kindes kann mit einer der drei in Art. 274 Abs. 2 ZGB aufgeführten Fallkonstellationen zusammenhängen oder aber gegebenenfalls selbständig unter die "anderen wichtigen Gründe" subsumiert werden. Bezüglich Wille des Kindes ist zunächst dessen Alter zu berücksichtigen bzw. dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist (vgl. BGE 5A_875/2017 Erw. 3.3; BÜCHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 274 ZGB). Das Kind kann indes nicht in Eigenregie bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen es Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchte (vgl. BGE 127 III 295 Erw. 4a; BGE 5A_111/2019 Erw. 2.3). Allerdings muss, auch bei jüngeren Kindern, den Ursachen für eine Ablehnung von Besuchskontakten nachgegangen werden; beruht die Weigerungshaltung auf eigenem Erleben des Kindes (z.B. familiärer Gewalt), so darf sie nicht einfach übergangen werden (SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N. 11 zu Art. 273 ZGB; BÜCHLER, a.a.O., N. 34 ff. zu Art. 273 ZGB; BGE 5A_72/2011 Erw. 4.1). Bei urteilsfähigen Kindern ist von der Festsetzung eines Besuchsrechts gegen ihren starken Willen aus Gründen des Kindeswohls abzusehen, weil diese sowohl gegen den Zweck des Umfangsrechts im Allgemeinen auch gegen das Persönlichkeitsrecht des Kindes verstossen würde (vgl. SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N. 11 zu Art. 273 ZGB; BÜCHLER, a.a.O., N. 35 zu Art. 273 ZGB mit zahlreichen Hinweisen). Aber auch der Wille von urteilsfähigen Kindern darf nicht das einzige Kriterium für die Festsetzung des Besuchsrechts bilden, weil das Kindeswohl sonst (unzulässigerweise) mit dem Kindeswillen festgesetzt würde (vgl. BGE 5A_796/2019 Erw. 2.2).

E. 4.3

Vorliegend steht aufgrund entsprechender Schilderungen der Kinder an ihrer Anhörung vom 18. Oktober 2023 (vgl. Erw. 4.1 Abs. 3 oben; siehe auch polizeiliches Protokoll der Einvernahme von C._____ sowie polizeilicher Vollzugsbericht der Einvernahme von D._____, beide vom 17. August 2023 [Beilagen zur Eingabe der Klägerin vom 25. Oktober 2023]) der Verdacht im Raum, dass der Beklagte (auch) gegenüber dem 11-jährigen Sohn D._____ Gewalt angewendet haben könnte. Im Weiteren hat D._____ zwar

- 13 - ausgesagt, dass er seinen Vater (selbst begleitet) nicht besuchen wolle (vgl. Erw. 4.1 Abs. 3 oben). Es gilt nun aber zum einen die kinderpsychologische Erkenntnis als anerkannt, dass in der Entwicklung des Kindes die Beziehung zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (vgl. BGE 130 III 585 Erw. 2.2.2; BGE 5A_200/2015 Erw. 7.2.3.1). Zum anderen verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 389 Abs. 2 i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB), aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung, wenn die negativen resp. befürchteten Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts begrenzt werden können (BGE 5C.133/2003 Erw. 2.2). Eine Möglichkeit, das Besuchsrecht besonders auszugestalten, besteht in der Anordnung, die Besuche in Anwesenheit einer Drittperson durchzuführen. Dieses sog. begleitete Besuchsrecht, dessen Installation die Klägerin in ihrem Eventualbegehren selber beantragt, bezweckt, der Gefährdung des

Kindes wirksam zu begegnen, Krisensituationen zu entschärfen und Ängste abzubauen sowie Hilfestellungen für eine Verbesserung der Beziehungen zum Kind und unter den Eltern zu vermitteln (BGE 5A_728/2015 Erw. 2.2). Wird zusätzlich, was die Klägerin ebenfalls eventuell beantragt, eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB (vgl. Erw. 4.4 unten) eingerichtet, kann die Beistandsperson damit beauftragt werden, die (begleiteten) Besuchskontakte zu organisieren und zu überwachen. Damit kann sichergestellt werden, dass die Beistandsperson intervenieren könnte bzw. sie die Kindesschutzbehörde entsprechend informiert (vgl. Art. 314 Abs. 1 und Art. 414 sowie Art. 443 Abs. 2 ZGB), wenn die Ausübung (selbst) des begleiteten Besuchsrechts mit einer zu grossen psychischen Belastung resp. mit einer konkreten Kindswohlfährdung für das Kind einherginge. Eine konkrete Gefährdung des physischen Wohls von D._____ bei einer begleiteten Ausübung des Besuchsrechts macht die Klägerin nicht geltend. Die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts eignet sich auch dann, wenn - wie vorliegend - nach fehlendem Kontakt (vgl. Erw. 4.1 Abs. 1 oben) eine Beziehung zwischen Kind und Elternteil anzubahnen ist (vgl. BGE 5C.24/2003 Erw. 2.5). Auch in der vorliegenden Situation kann nur durch die möglichst rasche Wiederaufnahme der Besuchskontakte einer gänzlichen Dämonisierung des Beklagten gegengesteuert werden (vgl. BGE 120 II 235; FELDER/HAUSHEER, Drittüberwachtes Besuchsrecht: Die Sicht der Kinderpsychiatrie, in: ZBJV 1993 698 ff.). Liegt kein Grund für eine Verweigerung des Besuchsrechts vor, ist das begleitete Besuchsrecht auf die Zeit bis zur voraussichtlichen Wiederannäherung zu befristen. Danach ist ein unbegleitetes Besuchsrecht einzuräumen, denn die Begleitung ist grundsätzlich nur als vorübergehende Massnahme gedacht (BGE 5A_505/2013 Erw. 6.3). Die Berufung der Klägerin ist damit in puncto Besuchsrecht insofern teilweise gutzuheissen (Eventualbegehren), als dieses (vorderhand) nur begleitet ausgeübt werden kann.

- 14 -

E. 4.4

Vorliegend erscheint insbesondere aufgrund der Spannungslage zwischen den Eltern und der damit gemäss Klägerin einhergehenden Kommunikationsproblematik sowie zur Vermeidung eines Loyalitätskonflikts bei D._____ eine Kindesschutzmassnahme in Form einer Besuchsrechtsbeistandschaft indiziert. Es ist eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB für die Ausübung des Besuchsrechts anzuordnen. Dem Beistand ist dabei gestützt auf das vorstehend (Erw. 4.3 oben) Ausgeführte aufzutragen, zunächst für die Durchführung und Koordination des begleiteten Besuchsrechts besorgt zu sein und ausserdem als Ansprechperson für die Eltern zu fungieren sowie die Modalitäten der Übergabe sowie Ort und Zeit der Besuchskontakte festzusetzen. Die Kosten für die begleiteten Besuchskontakte haben die Parteien je zur Hälfte zu tragen. Der Vollzug der Beistandschaft obliegt der zuständigen Kindesschutzbehörde (vgl. Art. 315a Abs. 1 i.V.m. Art. 315 Abs. 1 ZGB). Der von der Kindesschutzbehörde zu ernennende Beistand ist mit der Organisation und Überwachung der Besuchskontakte zu betrauen. Als Minimalregelung ist der Beklagte angesichts des Alters von D._____ und des Ziels der Wiederannäherung berechtigt zu erklären, mit D._____ im Rahmen des begleiteten Besuchsrechts jedes zweite Wochenende für drei Stunden persönlichen Kontakt zu pflegen. Das Besuchsrecht darf bis zur Wiederannäherung der Beteiligten nur begleitet ausgeübt werden. Dieses Besuchsrecht gilt vorerst für ein halbes Jahr seit dessen erstmaligen Ausübung. Ein abweichendes oder weitergehendes Besuchsrecht sowie ein allfälliges Ferienrecht des Kindsvaters bleibt nach Absprache unter den Parteien und des Beistandes vorbehalten.

E. 5

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 8 und 11 Abs. 1 VKD) wird ausgangs- gemäss der Klägerin zu drei Vierteln mit Fr. 1'500.00 und dem Beklagten zu einem Viertel mit Fr. 500.00 auferlegt. Eine Parteientschädigung hat die Klägerin dem Beklagten nicht zu bezahlen, nachdem diesem im Berufungs- verfahren kein Aufwand erwachsen ist.

E. 6

Im Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. August 2023 (ZSU.2023.73) - worin der Klägerin auf Beschwerde hin für das erstinstanz- liche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist - wurde von einem zivilprozessualen Zwangsbedarf der Klägerin von Fr. 6'852.00 (inkl. Fr. 2'150.00 Wohnkosten) ausgegangen; dieser ist grundsätzlich un- strittig (Gesuch vom 19. Juni 2023, S. 4 f.). Weiter wurde festgestellt, dass das Einkommen der Klägerin ohne Unterhaltsbeiträge gemäss dem vorlie- gend angefochtenen Entscheid bei höchstens Fr. 5'257.00 (inkl. Kinderzu- lagen) liege; dies blieb ebenfalls grundsätzlich unbestritten (vgl. Gesuch

- 15 - vom 19. Juni 2023, S. 3 f.). Zwischenzeitlich hat sich in Bezug auf die Ein- kommenssituation der Klägerin nun aber ergeben, dass die Arbeitgeberin des Beklagten mit Entscheid des Gerichtspräsidiums Q._____ vom 18. Juli 2023 zu Direktzahlungen von monatlich Fr. 2'075.00 an die Klägerin angewiesen wurde (vgl. Eingabe der Klägerin vom 3. August 2023), wobei dieser Entscheid offensichtlich unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist; zudem wird die Klägerin ihre Wohnkosten per 1. März 2024 um Fr. 250.00 reduzieren müssen (vgl. angefochtener Entscheid, Erw. 6.2.2.2). Diese Veränderungen können bei der Beurteilung des Ge- suchs der Klägerin vom 19. Juni 2023 um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren für die Zukunft berücksichtigt werden (AGVE 2006 S. 37 ff.). Damit erhöhen sich ihre verfügbaren Mittel spätestens ab Ende August 2023 auf Fr. 7'332.00 und reduziert sich der zivilprozessuale Zwangsbedarf der Klägerin ab März 2024 auf Fr. 6'602.00 (Fr. 6'852.00 – Fr. 250.00). Binnen eines Jahres seit Gesuchseinreichung verbleibt der Klägerin damit ein Gesamtüberschuss von rund Fr. 6'300.00 (August 2023 bis Februar 2024 und damit 7x [Einkünfte Fr. 7'332.00 – zi- vilprozessualer Zwangsbedarf Fr. 6'852.00] = Fr. 3'360.00; März 2024 bis Juni 2024 und damit 4x [Einkünfte Fr. 7'332.00 – zivilprozessualer Zwangs- bedarf Fr. 6'602.00] = Fr. 2'920.00). Die in der Eingabe der Klägerin vom 3. August 2023 (S. 2) erwähnte Ratenzahlungsvereinbarung (12 Raten à Fr. 395.00) betreffend eine "Kreditforderung" der E._____ AG und eine regelmässige Tilgung dieser Forderung (vgl. Beilagen zur Eingabe vom 3. August 2023) sind nicht belegt, was deren Berücksichtigung bei der Ermittlung des zivilprozessualen Zwangsbedarfs zum Vornherein entge- gensteht (betreffend Berücksichtigungsfähigkeit von Schulden bei der Be- urteilung der zivilprozessualen Bedürftigkeit, vgl. anstelle vieler: Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 18. Oktober 2022 [ZSU.2022.38], Erw. 6.2.2). Ein anwaltlich vertretener Gesuchsteller hat für alle seine Be- hauptungen Belege unaufgefordert einzureichen. Unterlässt er dies, ist ihm keine Nachfrist anzusetzen (AGVE 2002 S. 68 f.; BGE 5A_311/2023 Erw. 3.2). Im Anweisungsverfahren sind der Klägerin wohl (ausgangsge- mäss) keine Kosten entstanden bzw. den von ihr geleisteten Kostenvor- schuss kann sie innerhalb eines Jahres auf dem Betreuungsweg beim Be- klagten erhältlich machen, sollte der im Anweisungsverfahren unterlegene Beklagte diesen Betrag nicht freiwillig zurückerstatten. Aber selbst unter Berücksichtigung des Kostenvorschusses von Fr. 800.00 (vgl. Gesuch vom 19. Juni 2023,

S. 5) wäre eine zivilprozessuale Bedürftigkeit der Klägerin i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO bei einem ihr dann noch verbleibenden Gesamt- überschuss von Fr. 5'480.00 und auf sie entfallenden Prozesskosten für das Berufungsverfahren in der Grössenordnung von Fr. 3'600.00 (anteilige Spruchgebühr Fr. 1'500.00, vgl. Erw. 5 oben; Anwaltskosten ca. Fr. 2'110.00 [unterdurchschnittliches Eheschutzverfahren zweiter Instanz Fr. 2'500.00 {§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT}; Verhandlungsabzug 20 % {§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT}, Zuschlag von 15 % für die Eingaben vom 3. Au-

- 16 - gust 2023, 19. und 25. Oktober 2023 {§ 6 Abs. 1 und 3 AnwT}; Rechtsmit- telabzug 25 % {§ 8 AnwT}; Auslagen pauschal Fr. 180.00 {§ 13 AnwT}; 7.7 % Mehrwertsteuern]) zu verneinen. Das Gesuch der Klägerin um Bewilli- gung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im vor- liegenden Berufungsverfahren ist deshalb abzuweisen. Das Obergericht erkennt: 1.

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