

BGer 5A_210/2018 vom 14. Dezember 2018

Bundesgericht, 2018-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_210_2018

FR: TF 5A_210/2018 du 14 décembre 2018

IT: TF 5A_210/2018 del 14 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Anfechtungsobjekt kann allerdings einzig der kantonal letztinstanzliche Entscheid sein (Art. 75 Abs. 1 BGG). Soweit sich die Beschwerde auch gegen den Entscheid der KESB richtet, ist darauf nicht einzutreten.

Zulässig sind rechtliche Vorbringen im Sinn von Art. 95 f. BGG. Kantonales Recht kann das Bundesgericht nur auf Übereinstimmung mit dem Bundesrecht prüfen, namentlich kann geltend gemacht werden, die Anwendung sei willkürlich. Hingegen kann das Bundesgericht nicht prüfen, ob das kantonale Recht richtig angewendet worden ist. Zudem ist die obergerichtliche Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich sind einzig klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Verfassungsrügen, insbesondere Willkürürgen, möglich, während appellatorische Ausführungen nicht genügen (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 264 E. 2.3).

Echte Noven sind im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 133 IV 342 E. 2.1; 139 III 120 E. 3.1.2) und unechte sind nur insoweit zulässig, als erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben hat (Art. 99 Abs. 1 BGG), was näher zu begründen ist (BGE 133 III 393 E. 3).

E. 1.2

Der Gesetzgeber hat abgesehen von einzelnen Grundsätzen (Art. 443 ff. ZGB) darauf verzichtet, das Verfahren im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zu regeln, und hat auch nicht die ZPO als anwendbar erklärt. Allerdings sind ihre Bestimmungen sinngemäss anwendbar, soweit der Kanton nichts anderes bestimmt hat (Art. 450f ZGB). Zudem kann der Kanton in seiner eigenen Gesetzgebung auf die ZPO verweisen. Es handelt sich dann aber nicht um Bundesrecht, sondern um kantonales Recht (BGE 140 III 385 E. 2). Das Bundesgericht kann insoweit auch die (sinngemässe) Anwendung der ZPO als kantonales Recht nur auf Willkür hin überprüfen.

E. 2

Der Beschwerdeführer ficht neben den Kosten ausschliesslich an, dass die kantonalen Instanzen den persönlichen Verkehr nicht geregelt haben.

E. 2.1

Wie die Vorinstanz richtig festhält (E. 21.1 des angefochtenen Entscheides), haben Eltern ohne Obhut und das Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dieser kann einem Elternteil allerdings verweigert oder entzogen

werden, wenn dieser das Kindeswohl gefährdet oder andere wichtige Gründe vorliegen (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Die vollständige Unterbindung des persönlichen Verkehrs stellt allerdings die ultima ratio dar und darf nur angeordnet werden, wenn keine weniger einschneidenden Massnahmen das Kindeswohl sichern (BGE 122 III 404 E. 3b; 120 II 229 E. 3b/aa; Urteile 5A_200/2015 vom 22. September 2015 E. 7.2.3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 302; 5A_656/2016 vom 14. März 2017 E. 4). Der persönliche Verkehr dient in erster Linie dem Wohl des Kindes. Entsprechend dürfen Konflikte zwischen den Eltern, wie sie bei jeder Trennung auftreten können, nicht zu einer entscheidenden Beschränkung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit führen, wenn das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist. Es wäre unhaltbar, wenn der obhutsberechtigte Elternteil es in der Hand hätte, durch Zwistigkeiten mit dem anderen den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. Für einen Loyalitätskonflikt des Kindes sind in erster Linie die Eltern verantwortlich, was ihnen häufig nicht bewusst ist (BRÄM, Das Besuchsrecht geschiedener Eltern, in: AJP 1994 S. 902). Den obhutsberechtigten Elternteil trifft die Pflicht, die Beziehung zwischen dem Kind und dem anderen Teil zu fördern und das Kind für die Kontaktpflege positiv vorzubereiten (BGE 130 III 585 E. 2.2.1). Entsprechend kann sich der Obhutsberechtigte auch nicht damit begnügen, den Kontakt zum andern nur dann zu fördern, wenn das Kind diesen Kontakt will. Vielmehr gehört es zu den Aufgaben des Obhutsberechtigten, den Kontakt mit dem anderen Elternteil und damit auch den Wunsch des Kindes, diese Kontakte zu pflegen, aktiv zu unterstützen.

E. 2.2

Die Vorinstanz verweist in ihrem Entscheid im Wesentlichen auf die Erwägungen der KESB (E. 21.5 des angefochtenen Entscheides). Zu Recht habe die KESB betont, dass Vater und Sohn mittelfristig Anspruch auf persönlichen Verkehr haben. Die mittlerweile irrationale Angst beim Kind solle reduziert werden und es müsse ihm ermöglicht werden, sein aktuell festgefrorenes Vaterbild mit der Realität in Bezug zu setzen. Die Wiederaufnahme des Kontaktrechts könne jedoch nicht von heute auf morgen und auch nicht innerhalb von drei Monaten geschehen. Ohne Vorbereitung wäre der Kontakt kontraproduktiv, womöglich schädlich. Es bestehe die Gefahr einer Retraumatisierung. Die Beziehung zwischen Vater und Sohn sei schwer gestört. Der Vater habe im Gespräch mit den Gutachterinnen gezeigt, dass er in der Vergangenheit nicht in der Lage war, die Entwicklungen und die Schwierigkeiten des Kindes realitätsnah einzuschätzen. Er habe keinen Entwicklungsrückstand erkannt und die Probleme in der Schule einzig auf die Lehrer und Mitschüler zurückgeführt. Es sei zu befürchten, dass er auch aktuell Mühe bekunde, die Wirklichkeit seines Kindes zu erkennen, insbesondere seine Ängste, seinen Loyalitätskonflikt und seine eingeschränkten sozialen und intellektuellen Fähigkeiten. Es bestehe die Gefahr, dass er das Kind überfordern würde. Deswegen sei ein sorgfältiges, schrittweises Vorgehen nötig. Bewusst werde entgegen der gutachterlichen Empfehlung verzichtet, mit der Wiederaufnahme des Kontaktrechts erst in zwei bis drei Jahren zu beginnen. Als Vorbereitung für diesen Schritt werde die Beiständin gemäss den Erwägungen der KESB beauftragt, die Frage regelmässig zu prüfen und per 15. Dezember 2017 einen Zwischenbericht zur allfälligen Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs einzureichen (E. 7 des Entscheides der KESB). Insbesondere weist die Vorinstanz als Zwischenschritt auf die Möglichkeit von Erinnerungskontakten zwischen Vater und Sohn hin. Solche seien kindwohlverträglicher und hätten in Bezug auf die Dekonditionierung der Ängste des Kindes seinem Vater gegenüber die gleiche Wirkung wie forcierte Kontakte im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts. Der in E. 7 des Entscheides der KESB

formulierte Auftrag an die Beiständin, die Frage eines begleiteten Besuchsrechts regelmässig zu prüfen und der KESB per 15. Dezember 2017 einen Zwischenbericht zur allfälligen Ausgestaltung der persönlichen Verkehrs einzureichen, sei wohl aus Versehen von der KESB nicht in das Dispositiv aufgenommen worden. Entsprechend sei das Dispositiv der KESB zu korrigieren und bezüglich Erinnerungskontakte zu ergänzen, wobei das Datum für die Einreichung des ersten Zwischenberichts neu auf den 31. Juli 2018 festgesetzt werde (Dispositivziff. 5 des angefochtenen Entscheids). Die KESB habe kein Kontaktverbot auf unbestimmte Zeit ausgesprochen, sondern - mit dem Verzicht auf die Regelung des Besuchsrechts - die Schienen gelegt für den schrittweisen Wiederaufbau des Kontaktrechts. Aufgrund der schwierigen Umstände sei mit Rücksicht auf das Kindeswohl momentan eine fixe Regelung eines (zu Beginn begleiteten) Besuchsrechts nicht möglich. Doch werde sich der Vater auf jeden Fall mittels Kontakt mit der Beiständin dem Leben des Sohnes wieder annähern können.

E. 2.3

Eine gewisse Ungeduld des Beschwerdeführers ist verständlich. In hoch konfliktiven Verhältnissen und wenn das Kind traumatisiert ist, bedarf es aber eines behutsamen Vorgehens, das seine Zeit braucht. Dass die Beschwerdegegnerin auf Zeit spielt, wie sich der Beschwerdeführer ausdrückt (Ziff. IV.1.4. der Beschwerdeschrift), mag zutreffen. Das ist aber kein Grund für ein überstürztes, das Kindeswohl gefährdendes Vorgehen. Allerdings hat die erste Instanz in der Tat für ihren Entscheid viel Zeit gebraucht. Gerade bei Besuchsrechtsfragen ist es wichtig, dass innert nützlicher Frist ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt. Das Nichtentscheiden perpetuiert regelmässig eine bestimmte Rechtslage und kommt damit immer auch einem Entscheid gleich. Mit dem Urteil der Vorinstanz liegt nunmehr ein vollstreckbarer Entscheid vor, da die vorliegende Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Insofern ist auch das Vorgehen des Beschwerdeführers nicht ganz einsichtig. Hätte doch eine Gutheissung seines Antrags im vorliegenden Beschwerdeverfahren zur Folge, dass das Verfahren weiterginge und die Anordnungen der Vorinstanz wieder in Frage gestellt wären.

E. 2.4

Zu Recht hält der Beschwerdeführer fest, dass die Mutter nicht nur alles zu unterlassen hat, was die Beziehung des Kindes zum Vater stört, sondern vielmehr auch aktiv diese Beziehung fördern soll. Das hat aber entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (Ziff. IV.2 der Beschwerdeschrift) die Vorinstanz nicht verkannt. Diese zeigt auch auf, dass sich die Mutter insoweit in einer das Kindeswohl verletzenden Weise verhält (vgl. E. 19.5 des angefochtenen Entscheids). Daraus vermag der Beschwerdeführer aber nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Vorliegend geht es nicht darum, das Verhalten der Eltern gegeneinander aufzuwiegen. Vielmehr geht es - wie der Beschwerdeführer selber in seiner Beschwerde wiederholt festhält - um das Kindeswohl. Es ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang es dem Kind mit Blick auf seine Traumatisierung und den Streit zwischen den Eltern zuzumuten und gegebenenfalls auch hilfreich ist, den Vater persönlich zu treffen.

Da der erstinstanzliche Entscheid bezüglich der Ernennung eines Beistandes rechtskräftig geworden ist, muss davon ausgegangen werden, dass die erste Berichterstattung inzwischen erfolgt ist. Die kantonalen Instanzen haben das Recht auf persönlichen Verkehr nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen. Sie haben vielmehr den Antrag, es zu regeln, (vorerst)

abgewiesen und somit zurzeit auf eine Regelung des persönlichen Verkehrs verzichtet.

Wohl kann der persönliche Verkehr nicht gegen den Willen des Obhutsberechtigten ausgeübt werden, wenn noch keine behördliche bzw. gerichtliche Regelung besteht (Art. 275 Abs. 3 ZGB). Insofern käme eine auf Dauer angelegte Weigerung der KESB, den persönlichen Verkehr zu regeln, einer Verweigerung des Besuchsrechts gleich. Darum geht es aber vorliegend nicht. Die kantonalen Instanzen haben mit der derzeitigen Nichtregelung nur zum Ausdruck gebracht, dass die Entwicklung im Fluss ist und derzeit ein Besuchsrecht mit Blick auf die Konflikte zwischen den Eltern, der Traumatisierung des Kindes aufgrund des Ereignisses von Weihnachten 2013 und der unrealistischen Einschätzung des Beschwerdeführers bezüglich des Entwicklungs- und Gesundheitszustandes des Kindes nicht in Frage kommt.

Die Vorinstanz legt mit sorgfältiger Begründung dar, dass derzeit ein Besuchsrecht ohne jede Vorbereitung und ohne zusätzliche Massnahmen dem Kind nicht zugemutet werden kann. Sie zeigt aber auch auf, wie auf Grund des Entscheides der KESB vorzugehen ist, damit solche Kontakte künftig möglich werden, das Kindeswohl gewahrt und die Interessen des Beschwerdeführers in angemessenem Rahmen geschützt werden. Ziel ist somit, den persönlichen Kontakt zwischen dem Kind und dem Beschwerdeführer herzustellen.

E. 2.5

Der Beschwerdeführer ist der Meinung, die KESB habe die mit Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheides erfolgte Anordnung in ihrem Entscheid bewusst unterlassen und der Entscheid des Obergerichts sei insoweit eine Gutheissung seiner Beschwerde (Ziff. IV.1.1 der Beschwerdeschrift), obgleich er der gerichtlichen Beschwerdeinstanz keinen entsprechenden Antrag gestellt hatte.

Er übersieht dabei, dass im gerichtlichen Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der KESB die gleichen Verfahrensgrundsätze gelten wie im erstinstanzlichen Verfahren (DROESE/STECK, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Aufl. 6 2018, N. 13 zu Art. 450 ZGB). Damit ist das Gericht insbesondere nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden. Es gilt vielmehr der Offizialgrundsatz (Art. 446 Abs. 3 ZGB ; MARANTA/AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Aufl. 6 2018, N. 1 zu Art. 446 ZGB). Die Vorinstanz konnte somit ohne weiteres den erstinstanzlichen Entscheid von sich aus entsprechend ergänzen, auch wenn diesbezüglich kein Parteienantrag vorlag.

Ob es sich dabei um eine teilweise Gutheissung der Beschwerde oder um eine Ergänzung von Amtes wegen handelt, ist für die Gestaltung des Elternverhältnisses zudem ohne jede Bedeutung. Eine solche könnte dieser Frage nur im Zusammenhang mit den Kosten zukommen (vgl. dazu hinten E. 4).

E. 2.6

Mit der Beschwerde kann die vom Beschwerdeführer zu Recht als lange bezeichnete Verfahrensdauer zudem nicht verkürzt werden. Es handelt sich mit Blick auf die Rechtsbegehren vorliegend auch nicht um eine Rechtsverzögerungsbeschwerde. Insofern sind die Ausführungen zur Verletzung des Beschleunigungsgebotes (Ziff. IV.6 und 7 der Beschwerdeschrift) vorliegend ohne Bedeutung.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht ausserdem geltend, der angefochtene Entscheid verletze sein Grundrecht auf Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK). Soweit diese Rüge überhaupt als genügend substantiiert zu betrachten ist, ist sie unbegründet. Die Schutzwirkung von Grundrechten, somit auch von Art. 13 Abs. 1 BV , erstreckt sich grundsätzlich nur auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat (vgl. Urteil 5P.263/2000 vom 20. Juli 2001 E. 3). Demgegenüber wird der Grundrechtsschutz im Verhältnis von Privatpersonen untereinander über die Zivil- und Strafgesetzgebung gewährt. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb in der streitigen Zivilsache nicht direkt auf Art. 13 Abs. 1 BV stützen, sondern müsste stattdessen die entsprechenden zivilrechtlichen Gesetzesbestimmungen anrufen, welche dieses Grundrecht schützen (BGE 143 I 217 E. 5.2 mit Hinweisen). Diesbezüglich wäre Art. 307 Abs. 1 ZGB anzurufen, wonach jede Kindesschutzmassnahme eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt und verhältnismässig sein muss (Art. 307 Abs. 1 ZGB ; BGE 140 III 241 E. 2.1; Urteile 5A_765/2016 vom 18. Juli 2017 E. 3.1, in: FamPra.ch 2017 S. 1142; 5A_656/2016 vom 14. März 2017 E. 4). Dasselbe gilt für Massnahmen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht (Art. 273 Abs. 2 und Art. 274 Abs. 2 ZGB ; s. E. 2.1 und die dortigen Hinweise).

E. 3.2

Auch bezüglich des Vorwurfs, der angefochtene Entscheid verletze Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) und Art. 11 BV , weil das Kindeswohl nicht vorrangig berücksichtigt werde (Ziff. IV.1.5 der Beschwerdeschrift), kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Die kantonalen Instanzen haben das Kindeswohl gegen das Interesse des Beschwerdeführers an einer sofortigen Regelung des persönlichen Kontaktes abgewogen und dem Kindeswohl den Vorrang gegeben. Damit haben sie dieses in den Mittelpunkt ihres Entscheides gestellt. Die Vorinstanz hält in ihren Erwägungen mit aller Deutlichkeit fest, dass ein Kind für seine harmonische Entwicklung Kontakt mit beiden Eltern braucht (E. 21.5 des angefochtenen Entscheides).

E. 3.3

Soweit der Beschwerdeführer die Erstellung der Gutachten und deren Würdigung durch die KESB kritisiert, bezieht sich seine Kritik nicht auf den angefochtenen Entscheid, sondern auf das Verfahren vor erster Instanz (Ziff. IV.1.3 der Beschwerdeschrift). Es ist nicht ersichtlich, warum das Obergericht betreffend Besuchsrecht anders hätte entscheiden sollen, wenn im Gutachten genauere Angaben darüber vorhanden wären, warum der Gutachter keinen Kontakt zwischen dem Kind und dem Beschwerdeführer herstellen konnte. Immerhin hält die Vorinstanz fest, der Gutachter habe ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe die Begegnung zwischen dem Kind und dem Beschwerdeführer verunmöglicht (E. 19.6 des angefochtenen Entscheides).

Bezüglich des Umstandes, dass das Gutachten nur der Beschwerdegegnerin nicht aber dem Beschwerdeführer mündlich eröffnet worden ist, macht der Beschwerdeführer keine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist.

E. 3.4

Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie zurzeit die Regelung des Besuchsrechts abgelehnt und insoweit den Entscheid der KESB bestätigt hat.

E. 4

Wie dargelegt (s. E. 1.2) richtet sich das Verfahren vor den kantonalen Instanzen grundsätzlich nach dem kantonalen Recht. Dieses bestimmt auch die Kostenverteilung. Die Verletzung der entsprechenden Regeln des kantonalen Rechts kann vor Bundesgericht folglich nur insoweit gerügt werden, wie die Verletzung eines Grundrechts geltend gemacht wird. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die vom Beschwerdeführer an der Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts - einschliesslich der vorliegend als kantonales Recht angewendeten ZPO - geltend gemachte Kritik vermag den Anforderungen an eine Willkürüge nicht zu genügen. Auf die entsprechenden Ausführungen ist folglich nicht einzutreten.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich insgesamt als nicht begründet. Entsprechend hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Da keine Vernehmlassung eingeholt worden ist, sind der Beschwerdegegnerin keine Kosten erwachsen und es ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

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