

# **BGer 5A\_388/2022 vom 14. Juli 2023**

Bundesgericht, 2023-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_388\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_388_2022)

FR: TF 5A\_388/2022 du 14 juillet 2023

IT: TF 5A\_388/2022 del 14 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht über den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern entschieden hat ( Art. 75 BGG ). Wie die Beschwerdeführer zu Recht ausführen, steht dabei entgegen den diesbezüglichen Andeutungen der Vorinstanz nicht eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB in Frage, mit der einzig eine Regelung für die Dauer des Kindesschutzverfahrens getroffen wurde (vgl. dazu BGE 140 III 529 E. 2.2). Die streitbetroffene Massnahme beinhaltet vielmehr eine verfahrensabschliessende Regelung, die unbeschrieben um eine allfällige spätere Anpassung für unbestimmte Dauer in Kraft gesetzt wurde. Damit ist ein Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG angefochten ( BGE 144 III 475 E. 1 [einleitend] und E. 1.1.1). Dieser betrifft eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG; Urteil 5A\_574/2022 vom 11. Mai 2023 E. 1.1) ohne Streitwert. Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Die Beschwerdeführer sind nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt, die sie auch fristgerecht erhoben haben ( Art. 100 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG ). Auf diese ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebung des gesamten Entscheids des Kantonsgerichts. Der Beschwerdebegehrung, die zur Auslegung der Rechtsbegehren beizuziehen ist ( BGE 137 III 617 E. 4.3), lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass sie mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren nicht einverstanden wären. Insoweit hätten sie denn auch kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde ist entsprechend entgegenzunehmen.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich dabei grundsätzlich aber nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden. In der Begründung ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Der Beschwerdeführer muss auf den angefochtenen Entscheid eingehen und aufzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt; er soll im Schriftsatz mit seiner Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz ansetzen, die er als rechtsfehlerhaft erachtet. Allgemein gehaltene Einwände, die ohne aufgezeigten oder erkennbaren Zusammenhang mit bestimmten

Entscheidungsgründen vorgebracht werden, genügen nicht. Für Vorbringen betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt ausserdem das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (vgl. zu diesem sogleich E. 2.2; zum Ganzen: BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich, oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen. In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 141 IV 317 E. 5.4, 249 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3).

### **E. 2.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Inwiefern dies der Fall ist, ist in der Beschwerde darzulegen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 344 E. 3). Hiervon erfasst sind unechte Noven, also Tatsachen, die im bisherigen Verfahren bereits hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht wurden. Echte Noven, d.h. Tatsachen, die erst entstanden sind, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen und Beweismittel mehr vorgetragen werden konnten, sind im Verfahren vor Bundesgericht demgegenüber unbeachtlich ( BGE 143 V 19 E. 1.2; 139 III 120 E. 3.1.2).

Die Beschwerdeführer haben vor Bundesgericht verschiedentlich neue Tatsachen vorgetragen und neue Beweismittel eingereicht. Diese sind nach dem Ausgeführten insoweit von vornherein unbeachtlich, als sie nach dem Entscheid des Kantonsgerichts entstanden sind. Dies betrifft namentlich den Bericht der Fachstelle Zwangsheirat vom Juli 2022 sowie die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 21. Dezember 2022. Weiter haben die Beschwerdeführer verschiedene unechte Noven mit dem Hinweis zu den Akten gegeben, deren Einreichung sei dadurch veranlasst, dass die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig festgestellt habe (vgl. dazu auch hinten E. 3.3.1). Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens braucht auf die Frage der Zulässigkeit dieser Eingaben indes nicht eingegangen zu werden.

### **E. 3.1**

Anlass zur Beschwerde gibt der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Beschwerdeführer über ihre Tochter.

Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen ( Art. 301a Abs. 1 ZGB ). Kann einer Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Kindesschutzbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen ( Art. 310 Abs. 1 ZGB ). Die Gefährdung des Kindes, die Anlass zu einem (fortdauernden) Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts gibt, muss darin liegen, dass das Kind im Umfeld der Eltern bzw. des Elternteils nicht so geschützt und gefördert wird, wie es für seine körperliche,

geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre (Urteile 5A\_403/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 5.3; 5A\_724/2015 vom 2. Juni 2016 E. 6.3, nicht publ. in: BGE 142 I 188 ). Wie jede Kinderschutzmassnahme muss der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung geeignet und erforderlich sein (Art. 389 Abs. 2 i.V.m. Art. 440 Abs. 3 ZGB ; BGE 146 III 313 E. 6.2.7).

### **E. 3.2**

Wie sich dem angefochtenen Entscheid entnehmen lässt, soll mit der streitbetroffenen Massnahme einer zweifachen Gefährdung der Tochter entgegengetreten werden: Vorab sei zu vermuten, dass bei einer Rückkehr von C.A.\_\_\_\_\_ zu ihren Eltern das hohe Risiko einer Zwangsverheiratung des Kindes bestehe. Sodann sei die Tochter, die sich bisher auf freiwilliger Basis in der Institution D.\_\_\_\_\_ befunden habe, aus dieser verschwunden und unbekanntem Aufenthaltsort, was eine erhebliche Gefährdungssituation schaffe.

Was den zweiten dieser Gründe betrifft, die Abwesenheit des Kindes von der Institution D.\_\_\_\_\_ mit unbekanntem Aufenthaltsort, ziehen die Beschwerdeführer die Eignung der getroffenen Massnahme zur Beseitigung der Kindeswohlgefährdung zu Recht in Zweifel. Zwar mag sein, dass durch die Abwesenheit der Tochter eine Gefährdung geschaffen wird. Den Akten lässt sich aber nicht entnehmen, weshalb der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts diese Gefährdung sollte beseitigen können, zumal die Tochter sich zuvor unbestritten mit dem Einverständnis der Eltern in der Institution D.\_\_\_\_\_ aufgehalten hat (vgl. allgemein BGE 144 I 126 E. 8.1). Auch dem angefochtenen Entscheid oder den sonstigen Äusserungen der Vorinstanz lässt sich diesbezüglich nichts weiter entnehmen. Die angeordnete Massnahme lässt sich aus diesem Grund daher nicht rechtfertigen.

### **E. 3.3**

Zu prüfen bleibt, ob der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts sich rechtfertigt, um einer Zwangsverheiratung der Tochter vorzubeugen.

#### **E. 3.3.1**

Nach Hinweis auf die bei den Akten liegenden Beweismittel führt die Vorinstanz diesbezüglich aus, es würden die bis " Ende Oktober 2021 getätigten Abklärungen und insbesondere die bis dahin erfolgten Aussagen von C.A.\_\_\_\_\_ kein hinreichend klares Bild über die nach wie vor im Raum stehende Zwangsverheiratung " ergeben. Auch gegenüber den involvierten Fachstellen habe die Tochter sich verschiedentlich in gegenläufiger Weise geäussert bzw. sich insgesamt ambivalent verhalten (Anschuldigungen [kurz bevorstehende Zwangsheirat und durch den künftigen Ehemann erzwungene sexuelle Kontakte], Rücknahmen der Anschuldigungen, freiwilliger Eintritt in die Institution D.\_\_\_\_\_, unerlaubter Weggang mit Rückkehr in die Institution D.\_\_\_\_\_, Wunsch auf eine Rückkehr zu den Eltern). Dies führe zu unterschiedlichen Einschätzungen der Situation durch die involvierten Fachpersonen bzw. die Erstinstanz.

Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz vor, den Sachverhalt nicht umfassend festgestellt und den Untersuchungsgrundsatz nach Art. 446 Abs. 1 ZGB verletzt zu haben. Das Kantonsgericht sei verpflichtet gewesen, aufgrund des im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids massgeblichen Sachverhalts zu entscheiden. Dessen Abklärung habe es indes unterlassen; weder habe es neue nach Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheids entstandene Beweismittel berücksichtigt noch habe es eigene Abklärungen

getroffen, obgleich solche sich aufgedrängt hätten. Falls das Kantonsgericht die nötigen Abklärungen getroffen hätte, hätte es erkannt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht erfüllt seien. Gleichzeitig habe das Kantonsgericht Art. 8 ZGB falsch angewandt, indem es eine Massnahme angeordnet habe, ohne dass die Behörden die hierzu nötigen Voraussetzungen nachgewiesen hätten.

### **E. 3.3.2**

Wie das Kantonsgericht selbst betont, ergibt sich damit hinsichtlich einer (möglichen) zwangsweisen Verheiratung der Tochter aus den Akten kein klares Bild. Die KESB stütze sich (allein) auf verschiedene widersprüchliche Aussagen des Kindes, die die verfügte Massnahme nicht zu stützen vermögen, diese indes auch nicht als offensichtlich unbegründet erscheinen liessen. Eigene Abklärungen zur Klärung dieser Widersprüche und zur Erhellung der relevanten Umstände hat das Kantonsgericht dennoch nicht getroffen. Auch hat es nicht die Behörde dazu angehalten, entsprechende Abklärungen vorzunehmen. Unter diesen Umständen hat das Kantonsgericht es nicht nur unterlassen, den entscheidwesentlichen Sachverhalt umfassend zu klären. Vielmehr verletzt es auch den vorliegend zur Anwendung gelangenden uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz (Art. 314 Abs. 1 i.V.m Art. 446 Abs. 1 ZGB ), wonach der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Dies beinhaltet, dass notfalls auch die gerichtliche Beschwerdeinstanz die notwendigen Beweise von Amtes wegen erhebt ( Art. 450 ff. ZGB ; Urteile 5A\_131/2021 vom 10. September 2021 E. 4.2.2; 5A\_775/2016 vom 17. Januar 2017 E. 2.2), was vorliegend nicht geschehen ist.

### **E. 3.3.3**

Die Gefahr, dass der minderjährigen Tochter bei einer Rückkehr zu den Eltern eine Zwangsverheiratung droht, vermag den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 Abs. 1 ZGB zwar im Prinzip zu rechtfertigen (vgl. dazu etwa BÜCHLER, Zwangsehen in zivilrechtlicher und international-rechtlicher Sicht, in: FamPra.ch 2007, S. 725 ff., 741 ff. und 745 f.; MEIER, Zwangsheirat - Rechtslage in der Schweiz, 2010, S. 77 ff.). Aufgrund der ungenügenden Klärung des entscheidwesentlichen Sachverhalts durch die Behörden bleibt vorliegend indes unklar, ob die streitbetroffene Massnahme zu Recht angeordnet worden ist. Hierin liegt eine rechtsfehlerhafte Anwendung der einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmung (Urteil 5A\_1021/2021 vom 17. Dezember 2021 E. 4 mit Hinweis auf BGE 133 IV 293 E. 3.4 und 123 III 35 E. 2b). Damit lässt sich der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts in der gegebenen Konstellation auch nicht auf die Gefahr einer Zwangsverheiratung stützen und ist die Beschwerde begründet.

## **E. 4**

Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführer zur Sache einzugehen. Zu behandeln bleibt einzig der Vorwurf, das Kantonsgericht habe dadurch eine Rechtsverweigerung ( Art. 29 Abs. 1 BV ) begangen und das einschlägige kantonale Recht willkürlich ( Art. 9 BV ) angewandt, indem es nicht über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde entschieden, sondern dieses mit Erlass des Entscheids in der Hauptsache abgeschrieben habe.

Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten und von kantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vorne E. 2.1). Notwendig ist, dass in der

Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwieweit die angerufenen Rechte verletzt wurden ( BGE 142 III 364 E. 2.4 ; 141 I 36 E. 1.3). Ausserdem ist darzulegen, inwiefern eine richtige Anwendung der Verfassungsbestimmung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte (Urteile 5A\_733/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 3.3; 5A\_853/2009 vom 4. Februar 2010 E. 1.2). Dies gilt namentlich für die Rüge der Willkür in der Rechtsanwendung (statt vieler: BGE 144 I 113 E. 7.1). Die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, inwieweit ein sofortiger Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im kantonalen Verfahren sich auf den Verfahrensverlauf ausgewirkt hätte. Sie geben einzig an, mit der Beschwerde ginge es ihnen darum "aufzuzeigen, dass im kantonalen Verfahren eine weitere zentrale Verfahrensgarantie der Bundesverfassung verletzt wurde". Mit Blick darauf, dass C.A. \_\_\_\_\_ sich soweit ihr Aufenthaltsort bekannt war während des gesamten Verfahrens freiwillig in der Institution D. \_\_\_\_\_ - dem Ort auch der verfügt Unterbringung - befunden hat, sind die Auswirkungen des Entscheids über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung auf das Verfahren auch nicht offensichtlich. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

## **E. 5**

Demzufolge ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, sind die Ziffern 1 und 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und ist die Sache im Sinne des Eventualantrags zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ). Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die Beschwerdeführer mit ihren Anträgen im Wesentlichen. Der Kanton Luzern wird nicht kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 4 BGG ), womit keine Gerichtskosten zu erheben sind. Indes hat der Kanton den Beschwerdeführern für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu entrichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Diese ist praxismässig direkt der im kantonalen Verfahren amtlich bestellten Anwältin auszurichten (vgl. Urteile 5A\_825/2021 vom 31. März 2022 E. 5, nicht publ. in: BGE 148 III 225 ; 4A\_376/2018 vom 7. August 2019 E. 7). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird damit gegenstandslos.

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