

BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016

Bundesgericht, 2016-01-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_528_2015

FR: TF 5A_528/2015 du 21 janvier 2016

IT: TF 5A_528/2015 del 21 gennaio 2016

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Entscheidung über das Besuchsrecht des Vaters und damit über eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache; die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 und Art. 90 BGG).

E. 2

In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht der Vater geltend, das Obergericht habe die Bindungswirkung des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides missachtet, indem es einen anderen als den bisherigen Sachverhalt gewürdigt habe; dies stelle eine Rechtsverweigerung gemäss Art. 29 BV dar und verletze das Recht auf ein faires Verfahren im Sinn von Art. 6 EMRK . Ferner habe das Obergericht auch Art. 317 Abs. 1 ZPO verletzt, indem es beliebige Noven zugelassen habe; insbesondere hätte der Beweisantrag auf erneute Anhörung der Söhne in einem früheren Verfahrensstadium erfolgen müssen und sei er deshalb als verspätet anzusehen.

Die mit einem Rückweisungsurteil im Sinn von Art. 107 Abs. 2 BGG verbundene Bindungswirkung bedeutet zunächst, dass sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht selbst an die darin enthaltenen rechtlichen Erwägungen gebunden sind; die Vorinstanz darf sich nicht mehr auf einen verworfenen, wohl aber auf einen neuen Rechtsstandpunkt stützen (vgl. BGE 131 III 91 E. 5.2 S. 94; 133 III 201 E. 4.2 S. 208; Urteil 5A_11/2013 vom 28. März 2013 E. 3.1).

Wenn der Beschwerdeführer darüber hinaus geltend macht, das Bundesgericht habe einen bestimmten Sachverhalt festgestellt, supponiert er, dass es vorliegend um einen in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Sachverhalt geht, wie er typischerweise bei einer Forderung, aber auch bei zahlreichen anderen Streitigkeiten gegeben ist. Vorliegend geht es aber um die Ausgestaltung eines Besuchsrechts; der diesbezügliche Sachverhalt ist (schon nur aufgrund des fortschreitenden Alters der Kinder) zwangsläufig stetigen Änderungen unterworfen. Inwiefern diese im obergerichtlichen Verfahren Eingang finden können oder inwieweit sie zum Gegenstand eines Abänderungsverfahrens gemacht werden müssten, bestimmt sich nach den einschlägigen Bestimmungen der anwendbaren Verfahrensordnung, mithin nach der ZPO. Soweit nach dieser eine Berücksichtigung neuer Sachverhaltselemente möglich ist, wird dies nicht durch die Bindungswirkung des rückweisenden Urteils durchkreuzt (vgl. BGE 133 III 201 E. 4.2 S. 208; 135 III 334 E. 2 S. 335). Selbstverständlich kann aber die Berücksichtigung nur solche Punkte betreffen, für welche an die Vorinstanz zurückgewiesen worden ist (vgl. BGE 131 III 91 E. 5.2 S. 94; 135 III 334 E. 2 S. 335). Das ist vorliegend der Fall, ging und geht es doch um das Besuchsrecht.

Für das obergerichtliche Verfahren gilt Art. 317 Abs. 1 ZPO, unter Ausschluss einer analogen Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 627 f.). Indes kam, weil es sich um ein familienrechtliches Verfahren handelt, die Untersuchungs- und Offizialmaxime zum Tragen (vgl. Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO), so dass es dem Obergericht möglich war, von sich aus Untersuchungen anzustellen und ohne Bindung an die Parteibegehren zu entscheiden. Entsprechend konnte nach dem Gesagten auch keine Bindungswirkung in dem Sinn bestehen, dass der Sachverhalt auf den Zeitpunkt der Beweiserhebungen im Rahmen des ersten Entscheides fixiert gewesen wäre, wie der Beschwerdeführer dies sinngemäss geltend macht. Dem Obergericht gereicht es nicht zum Vorwurf, wenn es aufgrund der mehr als zwei Jahre zurückliegenden Anhörung die drei Söhne erneut angehört und sich damit ein Bild über die aktuelle Lage verschafft hat. Sodann durfte das Obergericht gerade nicht ausblenden, dass seit seinem ersten Entscheid die Kontakte zwischen dem Vater und den Söhnen vollständig zum Erliegen gekommen sind. Schliesslich durfte und musste es in die Entscheidungsfindung miteinbeziehen, was die neusten Entwicklungen - namentlich das Instrumentalisieren der Söhne in den zwischen den Eltern laufenden Strafverfahren, indem der Vater sie dort als Zeugen angerufen hatte - für das Kindeswohl bedeuten.

Inwiefern sich aus den angeblich verletzten Verfassungsbestimmungen etwas anderes als aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, mit welchen das obergerichtliche Vorgehen in Einklang steht, ergeben soll, tut der Beschwerdeführer nicht substantiiert dar.

E. 3

Bei ihrer erneuten Anhörung am 19. November 2014 haben sich alle drei Söhne dahingehend geäussert, dass seit der letzten Anhörung keine freiwilligen Besuche stattgefunden hätten, sie sich aber Besuche beim Vater vorstellen könnten bzw. sogar wünschen würden. Alle drei knüpften dies aber an die (klar und teilweise wiederholt geäusserte) Bedingung, dass es nachher nicht Ärger gebe, insbesondere dass der Vater dies nicht gegen die Mutter in den zwischen den Eltern hängigen Prozessen verwende.

A. _____ schilderte diesbezüglich, dass der letzte Besuch unangenehm gewesen sei, weil der Vater alles dokumentiert und gefilmt habe; man wisse nie, was sagen, da man Angst haben müsse, es würde in der Folge vom Vater vor Gericht kommen. C. _____ sagte diesbezüglich aus, er fühle sich beim Vater nicht so wohl und er möchte insbesondere nicht, dass dieser zum Fussballtraining erscheine, weil das Streit zwischen den Eltern gebe.

B. _____ hielt diesbezüglich fest, es gebe nach jedem Treffen Ärger, der Vater verstehe immer etwas falsch, dagegen könnten sie nichts machen.

In seiner Stellungnahme vom 27. Februar 2015 hielt der Kindesvertreter fest, dass die Söhne über ihre Rechte gut informiert seien und die Rückweisung durch das Bundesgericht intellektuell nachvollziehen könnten, dafür aber kein Verständnis hätten. Sie hätten ihre Aussagen bei der erneuten gerichtlichen Anhörung unter der Prämisse gemacht, dass eine Kontaktregelung unvermeidlich sei. Sie wollten jedoch keinen Kontakt zum Vater und hätten glaubhaft in Aussicht gestellt, einen allenfalls erzwungenen Kontakt zu verweigern bzw. zu unterlaufen. Sie hätten als Gründe die Unaufrichtigkeit, die fehlende Verbindlichkeit im Umgang mit ihnen, die Rechthaberei sowie die Nachlässigkeit des Vaters genannt und sie empfänden es als unzumutbaren Übergriff auf ihre Privatsphäre, ihm Auskunft über ihre Zeit mit der Mutter geben zu müssen. Dieser habe sie mit Fragen richtiggehend verfolgt, dann oft gleichzeitig alles dokumentiert und aufgezeichnet, zum Teil auch heimlich. Er warte nach der Schule auf sie, verwickle sie in ein Gespräch, und es

breche Streit aus. Sie hätten den Eindruck, um sie als Persönlichkeiten habe er sich nie wirklich gekümmert.

Das Obergericht erwog in seinem Urteil vom 29. Mai 2015, die Zwillinge A. _____ und B. _____ seien inzwischen 15-jährig und C. _____ sei 14 Jahre alt. Bei der Anhörung vor der Kammer am 19. November 2014 hätten sie Besuche beim Vater nicht kategorisch abgelehnt, aber es treffe zu, dass ihre Aussagen unter der Prämisse gemacht worden seien, dass Besuche nach den Vorgaben des Bundesgerichts anzuordnen seien; vorgängig zur Einzelanhörung seien alle drei Jugendlichen über diese Vorgabe informiert worden, was auch aus dem Protokoll ersichtlich sei. Dass sie von sich aus keine Besuche wollten, zeige sich im Umstand, dass sie in den vergangenen Jahren nie Kontakt mit dem Vater aufgenommen hätten und dass sie sich gegenüber dem Kindesvertreter (ohne die erwähnte Prämisse) dezidiert geäußert hätten. Auch der Vater bestreite die ablehnende Haltung der Söhne nicht, führe dies aber auf den Einfluss der Mutter zurück. Aus der obergerichtlichen Anhörung und den Äusserungen gegenüber dem Kindesvertreter gehe indes hervor, dass die stark negativen Gefühle und die fehlende Bereitschaft zu Besuchen auf der nunmehr seit Jahren erlebten Tatsache gründeten, dass es bei oder nach jedem Besuch, Treffen oder anderweitigen Kontakt zu Streit, Ärger und Anschuldigungen sowie Gerichtsverfahren komme. Die Söhne müssten diese Entwicklung bei jeder ihrer Äusserungen gegenüber dem Vater befürchten. Alle drei hätten ausgesagt, sich beim Vater unwohl zu fühlen. Ihr zentralstes Anliegen sei übereinstimmend, dass Besuche nicht im Nachgang zu neuem Ärger führen dürften. Zum Zeitpunkt des ersten obergerichtlichen Entscheides hätten sich aus dem bis dahin geführten Verfahren nur im Ansatz Hinweise darauf ergeben, dass zwischen den Eltern so viel Streit bestehe und Verfahren hängig seien; jedenfalls über deren Art und Ausmass habe sich aus den Akten kaum Aufschluss ergeben. Inzwischen sei die eskalierte Streitsituation manifest. Nach dem bundesgerichtlichen Entscheid seien neue Verfahren angehoben und entschiedene weitergezogen worden, wobei ein Höhepunkt darin erreicht scheine, dass der Vater die Söhne in einem an die Berufungsinstanz weitergezogenen Strafverfahren gegen die Mutter als Zeugen angerufen habe. Die Vehemenz der Streitsituation habe also weiter zugenommen und die Belastungssituation für die Jugendlichen sei weiter erhöht worden. Das Bestreben, mit Besuchen eine Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen Identifikationsfigur zu bieten, erscheine unter den gegebenen Umständen als aussichtslos. Die ablehnenden Willensäußerungen der Jugendlichen zeichneten sich durch eine hohe Konstanz aus. Sie würden alle drei unter den unablässigen Streitereien leiden und die Kontaktverweigerung erscheine für sie als einzige Möglichkeit, dieser Belastungssituation auszuweichen. Die Jugendlichen hätten die ihnen im obergerichtlichen Entscheid vom 26. August 2013 gewährte Möglichkeit freiwilliger Kontakte nie genutzt. Vielmehr scheine ihre anhaltende Ablehnung heute derart gefestigt, dass der Vollzug eines allfälligen Besuchsrechtes angesichts ihres inzwischen erreichten Alters als nicht mehr realisierbar erscheine. Insgesamt müsse davon ausgegangen werden, dass die Festsetzung eines Besuchsrechts aufgrund der zu erwartenden heftigen Streitereien für das Wohl der Jugendlichen eine Gefährdung darstelle, welcher nur mit dem Verzicht auf eine solche Anordnung begegnet werden könne.

E. 4

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 273 ff. ZGB, insbesondere von Art. 274 Abs. 2 ZGB. Der Entzug des Besuchsrechts sei eine

ultima ratio und dürfe nur bei einer Gefährdung des Kindeswohls angeordnet werden. Die Söhne hätten sich bei der erneuten Anhörung am 19. November 2014 ähnlich geäußert wie schon am 20. März 2013. Es lägen mithin keine veränderten Tatsachen vor. Dass sie sich gegenüber dem Kindesvertreter anders geäußert hätten, sei einzig darauf zurückzuführen, dass die Gespräche bei den Kindern zuhause stattgefunden hätten; die dort gemachten Äusserungen seien deshalb als Beweismittel nicht zu gebrauchen, weil zweifellos auch die Mutter dort gewesen sei und sich die Knaben nicht frei hätten äussern können. Im Übrigen hätten diese den Elternkonflikt bereits im Rahmen des ersten Entscheides genannt und es seien schon damals zwischen den Eltern verschiedene Verfahren hängig gewesen, so dass auch diesbezüglich keine veränderten Verhältnisse gegeben seien. Insbesondere habe auch die Vehemenz des Konfliktes nicht zugenommen. Schliesslich sei der Kindeswille nur eines von mehreren Kriterien; oberste Maxime bleibe das Kindeswohl. Die Kinder hätten sich bei der Anhörung nicht grundsätzlich gegen Kontakte ausgesprochen und deshalb würden diese das Kindeswohl auch nicht gefährden. Ein Besuchsrecht sei deshalb auszusprechen. Im Übrigen habe das Obergericht keine mildereren Mittel (z.B. weniger häufige Besuche) und damit die Verhältnismässigkeit nicht überprüft. Bei einem gänzlichen Kontaktausschluss seien insbesondere auch Art. 13 f. BV und Art. 8 EMRK verletzt.

E. 5

Strittig ist, ob bei der vorstehend geschilderten Ausgangslage ein Besuchsrecht festzusetzen ist oder ob der geäußerte Wille der Kinder und das Kindeswohl dem entgegenstehen; gegebenenfalls würde sich auch die Frage nach dem Umfang des Besuchsrechts stellen.

E. 5.1

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, wobei es in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und oberste Richtschnur für seine Ausgestaltung das Kindeswohl ist, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 122 III 229 E. 3a/bb S. 232 f.; 122 III 404 E. 3b S. 406 f.; 131 III 209 E. 5 S. 212).

Bei einer auf Art. 274 Abs. 2 ZGB gestützten Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. So darf er in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten dauerhaft eingeschränkt werden, jedenfalls soweit das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist (BGE 130 III 585 E. 2.2.1 S. 589; Urteil 5C.221/2006 vom 16. Januar 2007 E. 2.2). Der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt schliesslich nur als

ultima ratio in Frage; er ist einzig dann statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 120 III 229 E. 3b/aa S. 233; 122 III 404 E. 3b S. 407; Urteile 5P.369/2004 vom 25. November 2004 E. 4.1; 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3; 5A_716/2010 vom 23. Februar 2011 E. 4; 5A_505/2013 vom 20. August 2013 E. 2.3).

Bei der Regelung des persönlichen Verkehrs ist aber nebst sämtlichen anderen Begebenheiten der konkreten Situation insbesondere auch dem Alter der betroffenen Kinder und mit fortschreitendem Alter zunehmend auch dem von ihnen geäußerten Willen Rechnung zu tragen. Es besteht die gefestigte Rechtsprechung, dass zu respektieren ist, wenn fast volljährige Kinder den persönlichen Verkehr mit ihrem Vater ablehnen (BGE 126 III 219 E. 2b S. 221 f.; Urteile 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1; 5A_107/2007

vom 16. November 2007 E. 3.2; 5A_716/2010 vom 23. Februar 2011 E. 4). Es muss diesfalls den Kindern überlassen bleiben, ob und gegebenenfalls wann sie bereit sind, einen Kontakt wieder aufzunehmen. Der persönliche Verkehr dient in erster Linie dem Kindeswohl. Dieses Ziel ist mit einem erzwungenen Kontakt bei fast volljährigen Kindern, die seit Jahren einen festen Willen äussern, nicht (mehr) zu erreichen.

E. 5.2

Vorliegend ergibt sich aus den Feststellungen des Obergerichtes - welche vom Vater teilweise kritisiert werden, freilich nur in appellatorischer Weise und nicht mit Willkürriegen, wie dies erforderlich wäre (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445; 140 III 264 E. 2.3 S. 266) -, dass sich der Konflikt zwischen den Eltern seit dem letzten Entscheid noch deutlich verschärft und insbesondere der Vater begonnen hat, die Söhne in den elterlichen Konflikt einzubinden, was darin kulminierte, dass er sie vor Berufungsinstanz in einem gegen die Mutter eingeleiteten Strafverfahren als Zeugen anrufen wollte. Seit dem letzten Urteil des Obergerichtes vor zwei Jahren hat kein freiwilliger Kontakt zwischen dem Vater und den Söhnen mehr stattgefunden. Es ist noch zu wenigen zufälligen Treffen gekommen, wobei diese meist zu Streit führten, weil der Vater davon Aufzeichnungen machte und diese gegenüber der Mutter verwenden wollte. Alle drei Söhne lehnen Besuche beim Vater mit ausführlicher Begründung ab, wobei sie sich unter Zwang stattfindende Besuche vorstellen könnten, soweit diese im Nachgang nicht zu Streitereien unter den Eltern führen; allerdings würden sie sich aber auch solchen Besuchen nach Möglichkeit entziehen bzw. versuchen, diese zu unterlaufen.

Inzwischen sind die Söhne 15½ bzw. über 14 Jahre alt. Sie stehen damit noch nicht unmittelbar vor dem Mündigkeitsalter, aber es handelt sich faktisch nicht mehr um Kinder, sondern um Jugendliche. Sie äussern ihren Willen seit Jahren in konstanter Weise und sie begründen diesen mit dem als ungewöhnlich invasiv zu bezeichnenden und rechthaberischen Verhalten ihres Vaters, welches chronisch zu Streitigkeiten zwischen den Eltern führt, in welche der Vater die Söhne direkt hineinzieht, indem er ihre Aussagen dokumentiert und gegenüber der Mutter verwendet.

Auch wenn die Söhne bis zum Erreichen ihrer Volljährigkeit nicht autonom bestimmen können, ob und zu welchen Bedingungen sie Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchten (BGE 111 II 405 E. 3 S. 407; 127 III 295 E. 4a S. 298; Urteil 5A_107/2007 vom 16. November 2007 E. 3.2) und der von ihnen geäusserte Wille nicht das alleinige Element bei der richterlichen Entscheidfindung sein kann (BGE 134 III 88 E 4 S. 91; Urteile 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010 E. 5.5; 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 3.3; 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 5.7), so muss diesem vorliegend doch entscheidende Bedeutung zukommen. Entgegen der Behauptung des Vaters liegt keineswegs die identische Situation wie vor zwei Jahren vor. Vielmehr sind die Söhne älter geworden, hat sich der elterliche Konflikt verschärft und manifestiert sich die nicht kindesgerechte Art, wie der Vater die Söhne im Nachtrennungskonflikt zu instrumentalisieren versucht, in einer neuen Dimension. Insbesondere dieses Verhalten ist dem Kindeswohl in hohem Grad abträglich. Die Aussagen der Jugendlichen, dass sie sich beim Vater unwohl fühlen, und ihre Befürchtung, dass Besuche stets neue Folgekonflikte heraufbeschwören, sind vor dem Hintergrund des väterlichen Verhaltens ernst zu nehmen.

Konnte es nach den Ausführungen im Rückweisungsurteil bereits in jenem Zeitpunkt nicht um die Festsetzung eines üblichen Besuchsrechts gehen - zu denken war beispielsweise an ein Mittagessen oder einen gemeinsamen Abend pro Monat oder an einige "Begegnungstage" im Jahr, wobei die konkrete Ausgestaltung dem Obergericht, welches die Kinder angehört hatte und sich auch von den Eltern ein persönliches Bild machen konnte, überlassen werden sollte -, so steht heute aufgrund des verstärkten Elternkonfliktes, angesichts der Tatsache, dass seither überhaupt keine freiwilligen Besuche mehr stattgefunden haben, und vor dem Hintergrund, dass die Söhne inzwischen zu Jugendlichen herangereift sind, welche demnächst der Schulpflicht entwachsen sein werden, das Kindeswohl der zwangsweisen Festsetzung eines Besuchsrechts entgegen. Mit Zwang lässt sich in der Situation, wie sie sich heute präsentiert, kein erspriesslicher Kontakt mehr herstellen. Vielmehr gebietet das Kindeswohl, auf eine autoritative Besuchsregelung zu verzichten und es den Söhnen zu überlassen, inwiefern sie von sich aus Kontakt mit dem Vater aufnehmen wollen. Ergibt sich dies aus der konkreten Situation, bedeutet der gänzliche Verzicht auf ein gerichtlich festgesetztes Besuchsrecht keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

E. 5.3

Soweit das Gericht in Auslegung der einschlägigen Normen des ZGB und in Berücksichtigung des Kindeswohls sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips zu einem Ergebnis gelangt, ist die Behauptung von Verfassungsverletzungen konsumiert.

E. 6

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

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