

BGer 5A_783/2023 vom 2. Juli 2024

Bundesgericht, 2024-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_783_2023

FR: TF 5A_783/2023 du 2 juillet 2024

IT: TF 5A_783/2023 del 2 luglio 2024

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, die auf Rechtsmittel hin als oberes Gericht (Art. 75 BGG) über den persönlichen Verkehr betreffend ein Kind nicht verheirateter Eltern entschieden hat. Für diese nicht vermögensrechtliche Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) gilt kein Streitwerterfordernis. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 Abs. 1 BGG) und hat diese fristgerecht erhoben (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachstehenden Ausführungen zulässig.

E. 1.2

Anfechtungsobjekt bildet ausschliesslich der angefochtene Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 155 E. 4.4.2 mit Hinweis). Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils verlangt, ist auf seine Beschwerde deshalb nicht einzutreten. Ferner stellt er zwar kein formelles Rechtsbegehren, was die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren anbelangt. Aus seiner Beschwerdebegründung ergibt sich indessen, dass er eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im kantonalen Rechtsmittelverfahren beantragt. Da hierfür in der Beschwerdeschrift jegliche Begründung fehlt, kann hierauf ebenfalls nicht eingetreten werden (Art. 42 Abs. 1 BGG ; BGE 143 II 283 E. 1.2.2).

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 aber nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerdebegründung ist daher in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid rechtswidrig sein soll. Die Begründung muss sachbezogen sein und sich auf den Streitgegenstand beziehen und beschränken. Die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll (BGE 142 I 99 E. 1.7.1; 140 III 86 E. 2; je mit Hinweisen). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 140 III 115 E. 2 mit Hinweisen). Auf eine unzureichend begründete Beschwerde tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 148 IV 205 E. 2.6 mit Hinweisen).

Soweit der Beschwerdeführer an den Ausführungen in seiner kantonalen Beschwerde festhält, ohne diese in seiner hiesigen Rechtsschrift wiederzugeben, genügt er seiner

Begründungspflicht nicht.

E. 2.2

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 ; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 142 III 364 E. 2.4). Ausserhalb der Teilbereiche von Art. 95 lit. c-e BGG kann mit Bezug auf kantonales Recht nur geltend gemacht werden, dessen Anwendung verletze Bundesrecht; im Vordergrund steht dabei die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich des Willkürverbots (Art. 9 BV ; BGE 142 II 369 E. 2.1 ; 138 I 143 E. 2 mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Schutz des Familienlebens und macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Art. 14 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BV , Art. 8 Ziff. 1 und 2 EMRK sowie Art. 17 UNO-Pakt II geltend. Welche eigenständige Bedeutung diesem Vorbringen nebst der ebenfalls beanstandeten Bundesrechtsverletzung (Art. 273 ZGB) zukommen soll, tut der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht offensichtlich, sodass auf seine Rüge nicht eingegangen zu werden braucht. Dasselbe gilt, soweit er Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz der Privatsphäre) anruft, zumal er nicht substantiiert, inwiefern der angefochtene Entscheid diesen verfassungsmässigen Anspruch missachten soll.

E. 2.3

Was den Sachverhalt (inkl. den sog. Prozesssachverhalt; BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen) angeht, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (Art. 9 BV ; BGE 147 I 73 E. 2.2 mit Hinweis), oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinne 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 BGG ; BGE 137 III 226 E. 4.2 mit Hinweis). Für die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt ebenfalls das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 144 V 50 E. 4.1). Tatfrage in diesem Sinne ist auch die Beweiswürdigung (BGE 146 V 240 E. 8.2).

E. 3

Strittig ist vorliegend die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter.

E. 3.1

Gemäss Art. 273 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Abs. 1). Der Vater oder die Mutter können verlangen, dass ihr Anspruch auf persönlichen Verkehr geregelt wird (Abs. 3). Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient (BGE 122 III 404 E. 3a; 120 II 229 E. 3b/aa mit Hinweisen). Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl (BGE 131 III 209 E. 5 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 141 III 328 E. 5.4). Entsprechend hat sich das Gericht in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu

orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2.1 mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil 5A_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 5.1).

Die Regelung und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern beurteilt sich im Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (Art. 4 ZGB ; Urteil 5A_608/2023 vom 6. Februar 2024 E. 3.1 mit Hinweisen). Ermessensentscheide dieser Art überprüft das Bundesgericht an sich frei; es greift allerdings nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, d.h. wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 142 III 617 E. 3.2.5, 612 E. 4.5; je mit Hinweisen).

E. 3.2

Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass das Besuchs- und Ferienrecht neu geregelt werden müsse, nachdem die Vereinbarung aus dem Jahr 2010 längst überholt sei. Der Beschwerdeführer habe sodann nicht bestritten, dass die bald 15-jährige Tochter hinsichtlich des Besuchs- und Ferienrechts urteilsfähig sei. Vielmehr habe er bestätigt, dass sie sich klar und reflektiert äussern könne und keine Mühe habe, ihre Anliegen und Wünsche zu formulieren und durchzusetzen. Die Tochter sei am 21. Oktober 2022 angehört worden und habe deutlich zu Protokoll gegeben, dass sie es gut finde, beide Elternteile regelmässig zu sehen. Sie wolle jedoch ab und zu öfters bei ihrer Mutter bleiben, weil sie sich dort etwas mehr daheim fühle. Sie wolle insbesondere am Donnerstagabend mehr Flexibilität. Teilweise sei sie jedoch froh, den Donnerstagabend bei ihrem Vater zu verbringen. Auch sei ihr die Ferienregelung 50/50 zu viel, weil sie sich mehr Freiraum wünsche. Diese Aussagen habe die Tochter an der gemeinsamen Anhörung mit den Eltern am 3. März 2023 bestätigt. Sie habe differenziert Auskunft gegeben und sei fähig gewesen, sowohl die Qualität ihrer Beziehung zum Vater als auch ihren Wunsch nach mehr Autonomie und Flexibilität nachvollziehbar zu äussern. Ihre Wünsche, gerade was die Freizeit betreffe, entsprächen dem natürlichen Bedürfnis einer Jugendlichen in diesem Alter. Typischerweise würden Freundschaften und ausserfamiliäre Aktivitäten in dieser Lebensphase an Bedeutung zunehmen, weshalb es zu einer Ablösung von den Kinseltern komme. Die Tochter habe folglich einem alterstypischen Wunsch Ausdruck verliehen, der auch mit ihrer sozialen und schulischen Einbettung gut vereinbar sei. Es seien keine Gründe ersichtlich, die gegen die Urteilsfähigkeit der bald 15-jährigen Tochter sprechen würden, weshalb ihr Wille ernst zu nehmen und massgeblich zu berücksichtigen sei. Eine Gefährdung der Tochter bei der Flexibilisierung der Kontakte zum Vater sei ferner weder ersichtlich noch behauptet, zumal der Kontakt erhalten bleibe und die Tochter den Vater regelmässig besuche. Die Wünsche der Tochter entsprächen ihren Entwicklungsaufgaben, nämlich insbesondere der Loslösung vom Elternhaus und dem Aufbau ihrer sozialen Kompetenzen. Dafür benötige sie den nötigen zeitlichen und örtlichen Spielraum, wozu auch gehöre, dass sie über ihre Ferien eigenständiger entscheiden könne. Die Besuchsrechtsregelung der KESB nehme auf die familiären und persönlichen Lebensumstände der Tochter Rücksicht und erscheine entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers auch angemessen. Der Beschwerdeführer stelle vielmehr einzig seine

Interessen in den Vordergrund. Da das Fussballtraining der Tochter nunmehr am Montag und Mittwoch stattfindet, bleibe es auch beim Telefontermin am Dienstag.

E. 3.3

Der Beschwerdeführer bestreitet in tatsächlicher Hinsicht die Feststellungen zum Kindeswillen und beanstandet in diesem Zusammenhang, dass die Tochter im Rechtsmittelverfahren nicht persönlich angehört wurde.

E. 3.3.1

Im kantonalen Beschwerdeverfahren hatte die Beschwerdegegnerin beantragt, die Tochter sei - sofern nötig - von der Vorinstanz persönlich anzuhören. Die Vorinstanz führte dazu aus, für das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sei keine persönliche Anhörung vorgeschrieben (Art. 450 ff. ZGB). Ob eine solche im Einzelfall geboten sei, bestimme sich nach dem kantonalen Verfahrensrecht (Art. 450f ZGB). Die kantonalen Vorschriften sähen keinen solchen Anspruch vor, weshalb der Antrag auf persönliche Anhörung der Tochter abzuweisen sei. Hinzu komme, dass die unstrittig urteilsfähige Tochter vor der KESB zweimal angehört worden sei und sie ihre Wünsche betreffend die Betreuungs- und Ferienregelung mit dem Vater wiederholt, widerspruchsfrei und nachvollziehbar persönlich schildert habe. Es lägen zur Einschätzung der Sachlage ausreichend Anhaltspunkte vor.

E. 3.3.2

Der Beschwerdeführer hält dafür, beim vorinstanzlich festgestellten Kindeswillen handle es sich nicht um den freien Willen der Tochter, sondern um Vorkehrungen der Beschwerdegegnerin, um ihn bei den Behörden zu verunglimpfen. Hinzu komme, dass sich die Tochter im pubertierenden Alter befinde, was aufgrund etwa von neuen Verknüpfungen von Nervenzellen im Gehirn und Einfluss von Hormonen zu entsprechenden Stimmungswechseln führe. Bei einer erneuten Kindesanhörung hätte dem Beschwerdeführer das Fragerecht zugestanden (Art. 173 ZPO), dessen gezielte Ausübung es der Vorinstanz erlaubt hätte, sich selbst einen Eindruck davon zu verschaffen, ob die Tochter ihren freien Willen zu Protokoll gebe oder ob ihre Antworten an die KESB auf Suggestivfragen beruhten und der nicht unterzeichnete Brief der Tochter bzw. Mutter durch Manipulation entstanden sei. Als Zeugin wäre die Tochter ferner zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet gewesen (Art. 171 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz habe mithin seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt und den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (Art. 97 Abs. 1 BGG), sodass gar keine gesetzliche Grundlage für die Neuregelung des persönlichen Verkehrs bestehe.

E. 3.3.3

Was die Durchführung einer Kindesanhörung im Rechtsmittelverfahren anbelangt, stützt sich der Beschwerdeführer auf einzelne Bestimmungen der ZPO. Hier scheint er zu übersehen, dass diese im kantonalen Rechtsmittelverfahren nur subsidiär gelten und es sich diesfalls nicht um Bundesrecht, sondern um ergänzendes kantonales Recht handelt (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450f ZGB), welches einer beschränkten Prüfung unterliegt (BGE 144 I 159 E. 4.2; 140 III 385 E. 2.3

in fine ; je mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz nicht vor, das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewandt zu haben (vgl. vorne E. 2.2), indem sie auf eine Kindesanhörung verzichtete. Mit dem Verweis auf die Wahrheitspflicht beim

Zeugnis sowie das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, verkennt er ferner den Charakter der Kindesanhörung. Diese findet grundsätzlich in Abwesenheit der Eltern statt (vgl. Art. 314a Abs. 2 Satz 2 ZGB und Art. 298 Abs. 2 ZPO), sodass die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen wie beim Zeugnis (Art. 173 ZPO), von vornherein ausser Betracht fällt. Es erfolgt auch keine Ermahnung zur Wahrheit unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses (Art. 171 Abs. 1 ZPO), denn das Kind ist nicht als Zeuge, sondern "in geeigneter Weise" anzuhören (Art. 314a Abs. 1 ZGB und Art. 298 Abs. 1 ZPO). Insofern zielt seine Argumentation an der Sache vorbei.

E. 3.3.4

Die Kindesanhörung dient zwar der Sachverhaltsfeststellung, doch sie verfolgt - gerade bei älteren Kindern - vor allem auch den Zweck, die Stellung des Kindes im Prozess zu stärken. Sie ist kein Selbstzweck, weshalb die Pflicht zur Anhörung grundsätzlich nur einmal im Verfahren (einschliesslich des Instanzenzuges) besteht. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass die Tochter nicht zu den entscheiderelevanten Punkten befragt worden und das Ergebnis der Anhörung nicht mehr aktuell sei (vgl. BGE 146 III 203 E. 3.3.2). Vielmehr geht es ihm darum aufzuzeigen, dass die Vorinstanz den Kindeswillen falsch festgestellt habe. Diese Rüge trägt er indessen erstmals vor Bundesgericht vor, sodass er den materiellen Instanzenzug nicht ausgeschöpft hat und damit nicht zu hören ist (Art. 75 Abs. 1 BGG; BGE 146 III 203 E. 3.3.4; 143 III 290 E. 1.1; je mit Hinweisen). Ohnehin zeigt er nicht auf, inwiefern die Vorinstanz den Kindeswillen offensichtlich unrichtig ermittelt haben soll. Es genügt nicht, bloss den Standpunkt zu vertreten, die Äusserungen der Tochter gegenüber der KESB entsprächen nicht ihrem freien Willen. Der Beschwerdeführer verweist weder auf Aktenstücke, welche einen anderen als den festgestellten Kindeswillen nahelegen würden, noch tut er dar, dass er erfolglos Beweise offeriert oder deren Abnahme beantragt hätte, welche den von ihm behaupteten Kindeswillen hätten ausweisen können. Namentlich macht er nicht geltend, die Gutheissung des auf Anhörung der Tochter vor Vorinstanz lautenden Beweisantrags der Beschwerdegegnerin verlangt oder gar selbst ein entsprechendes Begehren gestellt zu haben. Mithin ist auch nicht dargetan, inwiefern sein Anspruch auf rechtliches Gehör - in seinem Teilgehalt des Rechts auf Beweis - verletzt sein sollte.

E. 3.4.1

In rechtlicher Hinsicht moniert der Beschwerdeführer, es bestehe vorliegend keine gesetzliche Grundlage für eine Einmischung der Kindesschutzbehörde in die erzieherischen Gegebenheiten der Eltern. Art. 273 Abs. 3 ZGB greife hier nicht, denn mit der Vereinbarung vom 22. Juli 2010 existiere bereits eine Regelung für den Fall, dass sich die Eltern hinsichtlich des persönlichen Verkehrs zwischen Vater und Tochter nicht einigen können. Die Tochter sei mit der vereinbarten Regelung in ihrem Kindeswohl nicht gefährdet. Die Vorinstanz habe gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen.

E. 3.4.2

Wie bereits seine Beanstandungen hinsichtlich des festgestellten Kindeswillens trägt der Beschwerdeführer das Argument, die kantonalen Instanzen seien nicht befugt gewesen, den persönlichen Verkehr zu regeln, erstmals im hiesigen Verfahren vor. Seine Rüge ist deshalb unzulässig (vgl. vorne E. 3.3.4). Ohnehin bemängelt er die vorinstanzliche Feststellung nicht, es sei unbestritten, dass die Vereinbarung längst überholt sei und einer Anpassung bedürfe. Im Übrigen steht vorliegend weder eine Kindesschutzmassnahme im Streit, noch

geht es um die Verweigerung bzw. den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr (Art. 274 Abs. 2 ZGB), sodass der Beschwerdeführer aus dem Fehlen einer Kindeswohlgefährdung nichts zu seinen Gunsten ableiten kann (vgl. BGE 150 III 49 E. 3.3.3 mit Hinweis). Aus demselben Grund und angesichts des Umstands, dass der persönliche Verkehr mit dem angefochtenen Entscheid im Vergleich zur bisher gelebten Regelung nicht stark eingeschränkt wird (vgl. BGE 130 III 585 E. 2.2.1), dient ihm auch der Verweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht. Schliesslich ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Willen der heute 15-jährigen Tochter grosse Bedeutung zumass. Es steht zwar nicht im freien Belieben des Kindes, zu welchen Bedingungen es persönliche Kontakte zum nicht obhutsberechtigten Elternteil pflegt. Mit zunehmendem Alter ist aber sein Wille stärker zu gewichten (vgl. Urteil 5A_500/2023 vom 31. Januar 2024 E. 4.1.2 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 301 Abs. 2 ZGB). Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen falsch ausgeübt haben soll, indem sie die von der KESB getroffene Regelung bestätigte, sodass es damit sein Bewenden hat.

E. 4

Anlass zur Beschwerde gibt auch, dass die Vorinstanz keine Mediation anordnete.

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, wenn sich die Kindseltern bezüglich des Kontakt- und Ferienrechts nicht einigen könnten, trete die behördliche Regelung in Kraft. Das Fehlen einer Einigung werde das Kindeswohl deshalb nicht gefährden, sodass eine Mediation nicht notwendig sei. Auf keinen Fall sollte die Tochter gegen ihren Willen in Mediationsgespräche gezwungen werden, denn sie solle mit ihrem Loyalitätskonflikt nicht immer wieder aktiv konfrontiert werden. Im Übrigen sei eine Mediation aufgrund der ablehnenden Haltung der Beschwerdegegnerin kaum erfolgversprechend und würde einen erheblichen Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte darstellen.

E. 4.2

Der Beschwerdeführer begründet seinen Antrag sinngemäss damit, die Aufrechterhaltung des bisher gelebten persönlichen Verkehrs, ergänzt mit einer Mediation, wäre als "mildestes Mittel vorliegend angebracht" gewesen. Ausserdem habe der Regionale Sozialdienst U._____ die Mediation empfohlen. Mit den Erwägungen der Vorinstanz setzt er sich nicht auseinander, sodass er seiner Begründungspflicht nicht genügt (vgl. vorne E. 2.1). Auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

E. 5

Die Prozesskostenregelung des kantonalen Beschwerdeverfahrens ficht der Beschwerdeführer nicht unabhängig vom hiesigen Verfahrensausgang an, sodass sich Ausführungen hierzu erübrigen.

E. 6

Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- (Art. 66 Abs. 1 BGG), nicht aber entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt wurden (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das Verfahren vor Bundesgericht ist abzuweisen, da die Beschwerde nach dem Ausgeführten als von Anfang an aussichtslos eingestuft werden muss (Art. 64 Abs. 1 und 2

BGG).

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