

# BGer 5A 909/2022 vom 1. März 2023

Bundesgericht, 2023-03-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_909\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_909_2022)

FR: TF 5A 909/2022 du 1 mars 2023

IT: TF 5A 909/2022 del 1 marzo 2023

## Regeste

Kontaktrecht | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) über die Vollstreckung einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) entschieden hat. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und er hat die Beschwerde fristgerecht eingereicht ( Art. 100 Abs. 2 BGG ). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachstehenden Ausführungen einzutreten.

### E. 1.2

Der Beschwerdeführer richtet sich in seiner Beschwerde unter anderen gegen die KESB als Beschwerdegegnerin. Entgegen seiner Auffassung ist die KESB jedoch nicht Gegenpartei im vorliegenden Verfahren, sondern verfügende Behörde.

### E. 1.3

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet in diesem Bereich 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 grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). In der Beschwerde muss in gedrängter Form dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt, was eine Auseinandersetzung mit dessen Begründung erfordert ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2). Allgemein gehaltene Einwände, die ohne aufgezeigten oder erkennbaren Zusammenhang mit bestimmten Entscheidungsgründen vorgebracht werden, genügen nicht (Urteil 5A\_647/2020 vom 16. Februar 2021 E. 1.3; 5A\_963/2014 vom 9. November 2015 E. 2, nicht publ. in: BGE 141 III 513 ). Abgesehen von den hier nicht einschlägigen Ausnahmen von Art. 95 Bst. c-e BGG ist die fehlerhafte Anwendung des kantonalen Rechts kein Beschwerdegrund vor Bundesgericht. Vielmehr kann hinsichtlich des kantonalen Rechts nur gerügt werden, dessen Anwendung führe zu einer Rechtsverletzung nach Art. 95 Bst. a oder b BGG, namentlich zu einem Verstoß gegen das Willkürverbot oder einer Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte (vgl. BGE 142 II 369 E. 2.1; 137 V 143 E. 1.2). Das Bundesgericht prüft die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten und von kantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Dabei gelten gesteigerte Rüge- und Begründungsanforderungen ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 142 III 364 E. 2.4). Notwendig ist, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen

Entscheidungs dargelegt wird, inwieweit die angerufenen Rechte verletzt wurden ( BGE 142 III 364 E. 2.4 ; 141 I 36 E. 1.3). Auf eine nicht hinreichend begründete Beschwerde tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 140 III 115 E. 2).

#### **E. 1.4**

Das Bundesgericht ist an den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist ( Art. 9 BV ; BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweis) oder auf einer Rechtsverletzung nach Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 115 E. 2). Es gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), d.h., das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt ( BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweis). Diese Anforderungen an die Rüge- und Begründungspflicht erfüllt der Beschwerdeführer von vornherein nicht, indem er bemängelt, die Vorinstanz gebe den Sachverhalt nur unzureichend wieder, weil sie ihn verharmlose. Zudem wiederholt der Beschwerdeführer den Sachverhalt teils abweichend von dem, was die Vorinstanz festgestellt hat (insbesondere was die Ängste der Tochter vor dem Beschwerdeführer betrifft), ohne dabei aufzuzeigen, inwiefern die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig wären. Es bleibt somit bei dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt.

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer beantragt, die gerichtliche Korrespondenz an die Adresse seiner ehemaligen Rechtsanwältin zuzustellen. Gemäss Art. 71 BGG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP; SR 273) werden gerichtliche Mitteilungen der Partei zugestellt. Hat sie eine bevollmächtigte Vertreterin/einen bevollmächtigten Vertreter, erfolgt die Zustellung an diese/diesem. Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertreten ist, entsprechend auch keine Anwaltsvollmacht eingereicht hat, korrespondiert das Bundesgericht von Gesetzes wegen direkt mit dem Beschwerdeführer. Der Antrag des Beschwerdeführers ist daher abzuweisen.

#### **E. 3**

Der Beschwerdeführer schlägt vor, unter der Leitung des Bundesgerichts und im Beisein einer psychologisch geschulten Fachperson am "runden Tisch" zu klären, ob sich die Meinung der Tochter in Bezug auf den persönlichen Verkehr mit ihm autonom gebildet habe. Dabei verkennt der Beschwerdeführer die Rolle des Bundesgerichts, die darin besteht, den angefochtenen Entscheid im Rahmen der vorgebrachten Rügen auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen ( Art. 95 BGG ). Eine Vermittlerrolle kommt ihm von vornherein nicht zu, weshalb dem Vorschlag des Beschwerdeführers nicht entsprochen werden kann.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung verletzt.

#### **E. 4.1**

Art. 6 Ziff. 1 EMRK räumt das Recht ein, dass über zivilrechtliche Ansprüche "öffentlich [...] verhandelt wird". Die Pflicht, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, ist indes in zweifacher Hinsicht nicht absolut. Zunächst können die Parteien auf eine öffentliche Verhandlung - explizit oder stillschweigend - verzichten. Sodann sind Ausnahmen vom Grundsatz zulässig. Eine Reihe von Gründen, aus welchen keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden muss, ergibt sich insbesondere unmittelbar aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK : "Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder - soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde." Familienrechtliche Angelegenheiten, in denen sich Familienmitglieder, jedenfalls aber Private gegenüberstehen, fallen grundsätzlich in die Kategorie "Schutz des Privatlebens der Prozessparteien". Geht es hingegen um eine familienrechtliche Angelegenheit i.w.S., in welcher sich nicht Private gegenüberstehen, sondern der Staat und ein Privater, wie dies bei einem Obhutsentzug und der Fremdplatzierung eines Kindes der Fall ist, kann die Öffentlichkeit nicht pauschal unter Hinweis auf den "Schutz des Privatlebens" ausgeschlossen werden; der Ausschluss bedarf einer besonderen Begründung (zum Ganzen: BGE 142 I 188 E. 3.1.1; Urteil 4A\_104/2021 vom 3. Mai 2021 E. 2.1; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren die Durchführung einer mündlichen, nicht aber einer öffentlichen Verhandlung verlangt. Der unterlassene Antrag ist als Verzicht zu werten. Darüber hinaus geht es vorliegend um eine familienrechtliche Angelegenheit, in welcher sich Private (Vater und Tochter) gegenüberstehen. Nach dem vorstehend Ausgeführten ist es von vornherein nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet hat. Gründe, weshalb es im konkreten Fall trotzdem notwendig gewesen wäre, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, gibt der Beschwerdeführer keine an.

#### **E. 5**

Streitig ist sodann, ob das Kantonsgericht dem Antrag des Beschwerdeführers auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung stattzugeben hatte.

##### **E. 5.1.1**

Nach Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. Im Kanton St. Gallen ist das Beschwerdeverfahren zweistufig ausgestaltet: Gemäss Art. 27 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 24. April 2012 (912.5; EG KES) beurteilt die Verwaltungsrekurskommission Beschwerden gegen Verfügungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Art. 28 Abs. 1 dieses Gesetzes entsprechend behandelt das Kantonsgericht Beschwerden gegen Entscheide der Verwaltungsrekurskommission im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

##### **E. 5.1.2**

Die in den Art. 450 bis Art. 450e ZGB enthaltenen Verfahrensvorschriften gelten nicht für das von den Kantonen eingeführte zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren. Dieses untersteht mangels ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung dem kantonalen Recht (Urteile 5A\_478/2014/5A\_479/2014 vom 15. Juli 2014 E. 2.2; 5A\_327/2013 vom 17. Juli 2013 E. 3.2). Da Art. 11 EG-KES des Kantons St. Gallen keine Bestimmung für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren enthält, wendet das Kantonsgericht St. Gallen sinngemäss die Bestimmungen der ZPO, insbesondere jene zur Berufung ( Art. 308 ff. ZPO ) an. Diese Bestimmungen gelangen also als kantonales Recht zur Anwendung (vgl. BGE 140 III 385 E. 2.3, 140 III 167 E. 2.3), welche das Bundesgericht nicht frei, sondern nur auf Willkür ( Art. 9 BV ) oder auf Verletzung einer anderen Verfassungsbestimmung hin prüft (E. 1.3).

## **E. 5.2**

Das Kantonsgericht erwog, ihm komme bei der Verfahrensleitung und -gestaltung ein grosser Spielraum zu. Es stehe grundsätzlich in seinem Ermessen, ob es eine Parteiverhandlung ansetzen und Beweise abnehmen wolle ( Art. 316 Abs. 1 und 3 ZPO ). In aller Regel werde das Berufungsverfahren als reiner Aktenprozess geführt ohne Durchführung einer Parteiverhandlung und Abnahme von Beweisen. Auf diese Begründung geht der Beschwerdeführer nicht ein, geschweige denn, legt er dar, inwiefern das Kantonsgericht das ihm in diesem Bereich zustehende Ermessen willkürlich angewendet haben soll.

## **E. 5.3**

Weiter erwog das Kantonsgericht, bereits die Vor-Vorinstanz habe festgestellt, der Sachverhalt sei hinlänglich bekannt und klar. Zudem hätten beide Eltern und auch das Kind genügend Gelegenheit gehabt, sich sowohl vor der KESB als auch vor Gericht zu äussern. An einer mündlichen Verhandlung würden lediglich die bereits mitgeteilten Ansichten wiederholt, denn es sei nicht anzunehmen, dass sich an der geäusserten Meinung des Kindes betreffend den persönlichen Verkehr zum Vater durch eine persönliche Begegnung mit diesem anlässlich einer Verhandlung etwas ändern würde. Kinder würden denn auch grundsätzlich nicht im Beisein der Eltern angehört. Zudem seien in der Anhörungsnotiz keine Widersprüche erkennbar, die es zu beseitigen gäbe. Betroffen ist also die Sachverhaltsfeststellung. Dagegen kann nur vorgebracht werden, diese sei willkürlich oder beruhe auf einer Rechtsverletzung nach Art. 95 BGG (vorne E. 1.4). Der Beschwerdeführer rügt weder das eine noch das andere, sondern beschränkt sich darauf, die Einschätzung der Vorinstanz als blosse Hypothese abzutun. Damit erhebt er keine den strengen Anforderungen an die Begründungspflicht genügende Sachverhaltsrüge, sondern übt rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid. Darauf ist nicht einzugehen.

## **E. 6**

In der Sache wendet sich der Beschwerdeführer gegen den Verzicht, die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen ihm und seiner Tochter gemäss Entscheid des Kantonsgerichts vom 25. Juni 2014 zu vollstrecken.

### **E. 6.1.1**

Vorliegend geht es nicht um ein materielles Erkenntnis-, sondern um ein Vollstreckungsverfahren. In diesem darf der zu vollstreckende Entscheid nicht materiell überprüft und geändert werden (Urteil 4A\_287/2020 vom 24. März 2021 E. 2.2.1, 2.3), auch nicht indirekt dadurch, dass die Vollstreckung auf Dauer verweigert wird (vgl. BGE

107 II 301 E. 7; 120 Ia 369 E. 2); bei dauerhafter Änderung der Besuchsrechtsordnung hat vielmehr der Sachrichter neu zu entscheiden (Urteil 5A\_388/2008 vom 22. August 2008 E. 3). In besonders gelagerten Situationen kann das Vollstreckungsgericht zum Wohl des Kindes ausnahmsweise materiell in die Rechtslage eingreifen. Eine solche Ausnahmesituation liegt namentlich bei einem ausserordentlich langen Kontaktunterbruch seit Entscheidfällung und der dadurch offensichtlich hervorgerufenen Entfremdung zwischen dem nicht obhutsberechtigten Elternteil und dem Kind vor, was eine Modifikation des Besuchsrechts im Sinn einer schrittweisen Wiederannäherung im Vollstreckungsverfahren rechtfertigen kann (zit. Urteil 5A\_388/2008 E. 3).

#### **E. 6.1.2**

Der Beschwerdeführer hat die Vollstreckung des Entscheids des Kantonsgerichts vom 25. Juni 2014 bereits am 2. Dezember 2015 verlangt. Zwischen Entscheid und Vollstreckungsgesuch liegt gerade einmal ein halbes Jahr. Von einer ausserordentlich langen Dauer kann dabei nicht die Rede sein. Es ist daher nicht einsichtig, weshalb die damals angerufene KESB den Entscheid nicht vollstreckt hat, sondern sich veranlasst sah, während über vier Jahren (bis zur Abweisung des Vollstreckungsgesuchs am 28. Februar 2020) diverse Massnahmen zur Wiederannäherung zwischen Vater und Tochter zu verfügen, wo doch bereits der Entscheid vom 25. Juni 2014 eine stufenweise Kontaktregelung vorsah, die ohne weiteres im Sinn einer Wiederannäherung verstanden werden kann.

#### **E. 6.1.3**

Dem alsdann im Februar 2021 in kantonaler dritter Instanz angerufenen Kantonsgericht präsentierte sich jedoch eine andere Ausgangslage: Die Tochter war im Verlauf des Verfahrens 17 Jahre alt geworden und äusserte ihren Willen vor dem Kantonsgericht dahingehend, dass sie keinen Kontakt mit ihrem Vater wünsche. Sodann haben Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und der Tochter letztmals im Jahr 2010 stattgefunden. Der Beschwerdeführer hält selbst fest, er habe seine Tochter vor rund 12 Jahren das letzte Mal gesehen. In dieser ausserordentlichen Situation durfte das Kantonsgericht von der Sache her materiell in die Rechtslage eingreifen. Es hat seinen Entscheid denn auch mit einer eigentlichen materiellen Begründung versehen.

#### **E. 6.2**

Das Kantonsgericht hat die Tochter am 17. Februar 2022 ohne Anwesenheit der Beschwerdegegnerin angehört und festgestellt, dass die Tochter in Bezug auf die Frage des persönlichen Verkehrs zum Beschwerdeführer urteilsfähig sei und den Kontakt zu diesem konstant und nachdrücklich ablehne. Sodann erwog das Kantonsgericht, es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Tochter keinen autonomen Willen in Bezug auf den persönlichen Verkehr zum Beschwerdeführer geäussert habe. Die vom Beschwerdeführer behauptete Beeinflussung durch die Beschwerdegegnerin und ihr Umfeld basiere nur auf Vermutungen und sei durch keinerlei Tatsachen belegt. Der Wille der Tochter sei zu respektieren, weshalb von einer Vollstreckung der Besuchsregelung gemäss Entscheid vom 25. Juni 2014 abzusehen sei.

#### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer widerspricht den Sachverhaltsfeststellungen des Kantonsgerichts, ohne Verfassungs-, namentlich Willkürklagen zu erheben. Auf seine Ausführungen kann somit nicht eingetreten werden und dem vorliegenden Entscheid ist folglich gestützt auf

Art. 105 Abs. 1 BGG der vom Kantonsgericht festgestellte Sachverhalt zugrunde zu legen, wonach die urteilsfähige Tochter konstant und nachdrücklich den Kontakt zum Beschwerdeführer aus freien Stücken ablehnt. Dieser autonome Wille einer inzwischen bald volljährigen Jugendlichen ist zu respektieren; die Interessen der Eltern haben zurückzustehen (Urteil 5A\_647/2020 vom 16. Februar 2021 E. 2.5.1 mit Hinweisen). Dass der Tochter bei dieser Ausgangslage heute keine Besuchsregelung aufgezwungen werden kann, wie sie im Entscheid aus dem Jahr 2014 noch vorgesehen war, versteht sich von selbst. Nicht ersichtlich ist schliesslich, was die E-Mail von B. \_\_\_\_\_ vom 12. Juni 2007 und das Zeugenschreiben von D. \_\_\_\_\_ von 2006, deren Aufnahme in die Akten der Beschwerdeführer verlangt, an all dem ändern würden. Der Antrag ist entsprechend abzuweisen.

#### **E. 7**

Eventualiter verlangt der Beschwerdeführer, wie bereits vor der Vorinstanz, ersatzweise andere Massnahmen anzuordnen und sofort umzusetzen, welche direkten persönlichen Kontakt und Kommunikation zwischen Vater und Kind herstellen würden. Welche Massnahmen er dabei für angemessen und im Einklang mit dem bestätigten Kindeswillen im Sinn hat, legt er auch vor Bundesgericht nicht dar. Auf das Eventualbegehren kann mangels reformatorischer Begehren nicht eingetreten werden.

#### **E. 8**

Zusammengefasst ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird das Begehren des Beschwerdeführers, mit dem er den Ausstand der am angefochtenen Entscheid beteiligten Richterin und Richter für den Fall der Gutheissung der Beschwerde und Rückweisung an die Vorinstanz verlangt, gegenstandslos; darauf braucht nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 9**

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Entschädigung ist demgegenüber nicht geschuldet, zumal der Beschwerdegegnerin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen, da sich die Beschwerde von vornherein als aussichtslos erwiesen hat ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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