

## **BGer 5A\_926/2014 vom 28. August 2015**

Bundesgericht, 2015-08-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_926\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_926_2014)

FR: TF 5A\_926/2014 du 28 août 2015

IT: TF 5A\_926/2014 del 28 agosto 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Angefochten ist der kantonale letztinstanzliche Endentscheid in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit grundsätzlich gegeben.

Der Beschwerdeführer stellte eine ganze Palette von Rechtsbegehren, teilweise in Form von Fragen oder Statements. Soweit diese über den Regelungsgegenstand des angefochtenen Entscheids hinausgehen, kann darauf nicht eingetreten werden; dies gilt insbesondere für die verschiedenen Anträge auf allerlei Anordnungen und Untersuchungen bezüglich behördlicher Handlungen. Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die in der Beschwerdebegründung verstreuten strafrechtlichen Vorwürfe und sinngemässen Strafanträge gegenüber den Gutachterinnen, den Beiständen und Regierungsräten sowie diversen Behörden; hierfür sind die kantonalen Strafverfolgungsorgane zuständig, bei denen der Beschwerdeführer offenbar auch eine grosse Anzahl von Strafanzeigen bereits gemacht hat. Zulässig und nachfolgend zu prüfen ist hingegen das Rechtsbegehren auf Zuweisung eines geteilten elterlichen Sorgerechtes über C.\_\_\_\_\_ (dazu E. 3). Nicht ganz klar wird, was der Beschwerdeführer in Bezug auf das Besuchsrecht verlangt; einerseits stellt er den Antrag, dieses sei im Interesse und entsprechend dem Willen der Tochter weiterhin zu sistieren, andererseits verlangt er Aufklärung, wieso dieses grundlos sistiert und ein zweites Mal verweigert worden sei (dazu E. 4). Ferner wird die unentgeltliche Rechtspflege verlangt (dazu E. 5).

#### **E. 2**

Im Zusammenhang mit dem Sorgerecht erhebt der Beschwerdeführer Gehörsrügen ( Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK ). Diese sind aufgrund der formellen Natur des rechtlichen Gehörs (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 ; 135 I 187 E. 2.2 S. 190 ; 137 I 195 E. 2.2 S. 197) vorab zu prüfen. Allerdings erhebt der Beschwerdeführer seine Vorwürfe direkt gegen die KESB (diese habe ihn nicht angehört und sie hätte die Eltern zu einem Gespräch einladen sollen; sie habe ihm die Stellungnahme der Mutter erst mit ihrem Entscheid vom 7. August 2014 zugestellt). Dies ist nicht zulässig, weil nur der kantonale letztinstanzliche Entscheid das Anfechtungsobjekt bilden kann ( Art. 75 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdeführer müsste deshalb aufzeigen, dass er die entsprechenden Vorbringen bereits vor Obergericht vorgebracht und damit den Instanzenzug ausgeschöpft hat (zur Substanziierung von Verfassungsrügen vgl. BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 137 II 305 E. 3.3 S. 310 f.; 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Ferner macht der Beschwerdeführer auch eine Befangenheit der Oberrichter geltend. Allerdings fehlt es bei dieser Rüge an einer konkreten Begründung - es wird einzig das Wort "Filzokratie" angeführt -, so dass darauf ebenfalls nicht einzutreten ist ( Art. 42 Abs. 2

BGG ).

### **E. 3**

Materiell verlangt der Beschwerdeführer in erster Linie die gemeinsame elterliche Sorge.

#### **E. 3.1**

Das Obergericht hat auf die parlamentarische Diskussion zum neuen Sorgerecht verwiesen und festgehalten, dass von einem gemeinsamen Sorgerecht insbesondere bei einem Dauerkonflikt zwischen den Eltern abgesehen werden könne. Dies stehe in Einklang mit Stimmen aus der Psychologie, wonach die gemeinsame elterliche Sorge dort ihre Grenze finden müsse, wo aufgrund eindeutiger und objektiver Kriterien von einem unauflösbaren Nachtrennungskonflikt auszugehen sei und das Kind in einen seine Entwicklung beeinträchtigenden Loyalitätskonflikt geraten könne. Vorliegend sei der Konflikt langjährig und massiv; ein konstruktives Gespräch der Eltern sei unmöglich. Sodann sei auch die deutliche Haltung von C. \_\_\_\_\_ zu beachten sowie die Tatsache, dass sie in weniger als eineinhalb Jahren volljährig werde. Vor diesem Hintergrund habe die KESB das Begehren des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen.

Der Beschwerdeführer führt in erster Linie an, gegen wen er in diesem Zusammenhang Strafanzeigen erheben will, macht Ausführungen zum Begriff des Kindeswohls und erhebt Vorwürfe an die Mutter, welche einfach nicht wolle und ihm die Tochter immer mehr entfremde. Aus dem Verweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) Nr. 22028/04 vom 3. Dezember 2009 Zaunegger gegen Deutschland lässt sich aber sinngemäss auch herauslesen, dass der Beschwerdeführer im obergerichtlichen Entscheid eine Rechtsverletzung sieht.

#### **E. 3.2**

Was zunächst den Hinweis auf das Urteil des EGMR Nr. 22028/04 anbelangt, so ist es nicht (mehr) topisch. In jenem Urteil ging es um die damalige Rechtslage in Deutschland, wonach bei unverheirateten Eltern die Mutter das Sorgerecht hatte und sie die Zustimmung zu einem gemeinsamen Sorgerecht verweigern konnte. Genau diese Situation, wie sie unter dem früheren Recht auch in der Schweiz bestand, hat der Gesetzgeber mit dem per 1. Juli 2014 in Kraft getretenen neuen Sorgerecht beseitigt. Grundsätzlich steht den Eltern die Sorge über ihre Kinder gemeinsam zu ( Art. 296 Abs. 2, Art. 298a Abs. 1, Art. 298b Abs. 2 und Art. 298d Abs. 1 ZGB ). Indes sind Ausnahmen zulässig, wenn das Kindeswohl solche gebietet (vgl. Art. 298 Abs. 1 und Art. 298b Abs. 2 ZGB ). Vorliegend ist die Frage, ob ein solcher Fall gegeben ist; dabei ist gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB der Art. 298b Abs. 2 ZGB sinngemäss zur Anwendung zu bringen. Diese Prüfung und die hierauf gestützte Zuteilung bzw. Belassung eines alleinigen Sorgerechtes ist mit Art. 8 EMRK vereinbar (vgl. Urteil des EGMR Nr. 9929/12 vom 27. Mai 2014 Buchs gegen die Schweiz ).

#### **E. 3.3**

Das Obergericht ist unter Hinweis auf die parlamentarische Debatte davon ausgegangen, dass nicht die gleichen Kriterien wie beim Entzug der elterlichen Sorge als Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 311 ZGB zur Anwendung kommen, und es hat befunden, dass angesichts des langjährigen massiven elterlichen Konfliktes und der Tatsache, dass C. \_\_\_\_\_ kurz vor der Volljährigkeit stehe, kein gemeinsames Sorgerecht zuzusprechen sei, weil dies die jugendliche Tochter nur gefährden würde und somit nicht im Kindeswohl sei.

Das Bundesgericht hat sich mit der Frage, welche Kriterien für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge massgebend sind, im zur Publikation bestimmten Urteil 5A\_923/2014 an der öffentlichen Sitzung vom 27. August 2015 eingehend auseinandergesetzt. Es ist zum Schluss gekommen, dass für die Frage der Alleinzuteilung nicht die gleichen Voraussetzungen gelten wie für den Entzug im Sinn einer Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 311 ZGB. Insbesondere kann auch ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und die Alleinzuteilung diesem besser gerecht wird; für Einzelheiten wird auf die Erwägung 4 des betreffenden Urteils verwiesen. Die dortigen Ausführungen zur Alleinzuteilung des Sorgerechts gelten umso mehr für die Frage, ob die Alleinsorge zu belassen ist.

#### **E. 3.4**

Vorliegend besteht zwischen den Eltern seit dem Auseinandergehen ein unüberwindbarer Nachtrennungskonflikt, welcher sich in gänzlicher Kommunikationsunfähigkeit manifestiert. Die Mutter blockt den Zugang des Vaters zur Tochter seit diesem Zeitpunkt vollständig ab und auch die Tochter selbst will keinen Kontakt mit dem Vater. Dies hat dazu geführt, dass sich Vater und Tochter seit mindestens dem Jahr 2008 nie mehr gesehen haben. Der Vater weiss einzig aufgrund der vom Beistand weitergeleiteten Eckpunkte in groben Umrissen über das Leben der Tochter Bescheid. Dass sich an dieser Situation bis zur zwischenzeitlich nahe bevorstehenden Volljährigkeit der Tochter irgendetwas ändern könnte, ist nicht aktenkundig.

Vor diesem Hintergrund ist der vorliegend gestützt auf Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB analog anwendbare Art. 298b Abs. 2 ZGB nicht verletzt, wenn das Obergericht keine gemeinsame elterliche Sorge zugesprochen hat. Der gänzlich aus dem Leben der Tochter ausgeschlossene Vater könnte das Sorgerecht mangels genügender Kenntnisse über die Tochter momentan gar nicht ausüben. Er müsste sich diese zuerst verschaffen, was angesichts der vollständigen Blockade zwischen den Eltern und der verweigernden Haltung der Tochter höchstens mit einem äusserst invasiven Vorgehen des Beschwerdeführers möglich wäre. Dies wiederum wäre in der vorliegenden Situation mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Ferner hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es mitberücksichtigt hat, dass C. \_\_\_\_\_ kurz vor ihrer Volljährigkeit steht.

#### **E. 4**

Die KESB hat in ihrem Entscheid die Sistierung des Besuchsrechts aufgehoben, aber auf dessen Regelung verzichtet und die Besuchsbeistandschaft belassen. Das Obergericht hat diese Anordnungen geschützt und erwogen, dass kein Grund für eine Unterbindung des Besuchsrechts bestehe. Es sei aber der Wille der nunmehr 17-jährigen Tochter zu respektieren, dass sie zurzeit keinen Kontakt mit dem Vater wolle. Mit Blick auf diese klare Willensäusserung wäre - wie auch die Vorgeschichte zeige - ein angeordnetes Besuchsrecht gar nicht vollstreckbar.

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass der Kontaktabbruch nicht dem freien Willen der Tochter entspreche. Wie in E. 1 erwähnt, wird indes aus den Rechtsbegehren nicht klar, was für eine Anordnung er genau beantragen möchte. Von daher scheint es fraglich, ob auf die Vorbringen überhaupt einzutreten ist. Die Frage kann indessen offen bleiben, weil die Kritik am angefochtenen Urteil ohnehin nicht begründet wäre.

An sich ist die Beziehung des Kindes zu beiden Eltern von hohem Wert, zumal sie bei der Identitätsfindung eine bedeutende Rolle spielen kann ( BGE 126 III 219 E. 2b S. 221; 127 III 295 E. 4a S. 298; 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590). Es ist weiter festzustellen, dass sich der Vater durch all die Jahre hindurch um einen Kontakt bemüht hat, dies allerdings erfolglos. An dieser faktischen Ausgangslage kann auch das Gericht nichts ändern. Vielmehr hat es zu entscheiden, wie das Besuchsrecht in einer solchen Situation zu regeln ist. Diesbezüglich 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 wäre sinnlos, in einem solchen Fall eine konkrete Besuchsrechtsregelung zu treffen, welche nicht durchgesetzt werden kann. Es muss vielmehr dem Kind überlassen bleiben, ob und gegebenenfalls wann es bereit ist, einen Kontakt wieder aufzunehmen. Der persönliche Verkehr dient in erster Linie dem Kindeswohl. Dieses Ziel ist mit einem erzwungenen Kontakt bei einer fast volljährigen Tochter, die seit Jahren einen festen Willen äussert, nicht zu erreichen.

Vor diesem Hintergrund kann auch offen bleiben, was die genauen Gründe für die ablehnende Haltung der Tochter sind. Insbesondere könnte im heutigen Zeitpunkt gegenüber der 17-jährigen C.\_\_\_\_\_ auch dann kein Besuchsrecht durchgesetzt werden, wenn die - im Gegensatz zu den Gutachten stehende - Behauptung des Beschwerdeführers zuträfe, dass die Tochter nicht aus freiem Willen den Kontakt verweigere. Im Übrigen versteht sich von selber, dass auch der Entscheid urteilsfähiger Menschen nie völlig unbeeinflusst von der Umgebung und den bisherigen Wahrnehmungen erfolgt. Darauf kommt es aber nicht an; entscheidend ist, dass eine normal entwickelte Jugendliche mit 17 Jahren bezüglich der Frage, ob sie mit einem Elternteil Kontakt pflegen will oder nicht, sehr wohl urteilsfähig ist und sich mit Zwang kein erspriesslicher Kontakt mehr herstellen lässt. Vielmehr entspricht es dem Kindeswohl, in einer solchen Situation auf eine autoritative Besuchsregelung zu verzichten. Dennoch ist es sinnvoll, die Beistandschaft zu belassen, damit bis zur Volljährigkeit ein Mindestmass an gegenseitiger Information sichergestellt werden kann.

Der angefochtene Entscheid würde mithin auch bezüglich des Besuchsrechts in keiner Weise gegen Bundesrecht verstossen.

## **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist. Die Gerichtskosten sind bei diesem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dieser hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Indes belegt er seine Bedürftigkeit nicht, weshalb es bereits an den formellen Voraussetzungen für die Guttheissung dieses Begehrens fehlt ( Art. 64 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.