

# **BGer 5A\_929/2022 vom 20. Februar 2023**

Bundesgericht, 2023-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_929\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_929_2022)

FR: TF 5A\_929/2022 du 20 février 2023

IT: TF 5A\_929/2022 del 20 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht ( Art. 75 BGG ) über eine Abänderung der in Rechtskraft erwachsenen Besuchsrechtsregelung entschieden hat. Strittig ist damit eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG) ohne Vermögenswert. Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Die Beschwerdeführerin ist als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge und damit als Partei zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ; Urteil 5A\_559/2016 vom 1. März 2017 E. 2.3). Auf die form- ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) und fristgerecht ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) erhobene Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachstehenden Ausführungen einzutreten.

### **E. 1.2**

Anfechtungsobjekt der Beschwerde in Zivilsachen bildet ausschliesslich der obergerichtliche Entscheid (vorstehend E. 1.1), vorliegend mithin der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 20. Oktober 2022. Insoweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Entscheids des Familiengerichts Zofingen vom 18. Februar 2022 beantragt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Unter Vorbehalt der Verletzung verfassungsmässiger Rechte wendet das Bundesgericht 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 nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden ( BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen). In der Beschwerde muss in gedrängter Form dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 99 E. 1.7.1; 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen). Die rechtssuchende Partei muss auf den angefochtenen Entscheid eingehen und aufzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt; sie soll im Schriftsatz mit ihrer Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz ansetzen, die sie als rechtsfehlerhaft erachtet. Allgemein gehaltene Einwände, die ohne aufgezeigten oder erkennbaren Zusammenhang mit bestimmten Entscheidungsgründen vorgebracht werden, genügen nicht ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 140 II 86 E. 2).

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann die rechtssuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich ( Art. 9 BV ; BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweis), oder würden auf einer

anderen Bundesrechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG 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 ; BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 137 III 226 E. 4.2 S. 234). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 144 V 50 E. 4.1). Das Bundesgericht prüft daher 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 141 IV 317 E. 5.4; 140 III 264 E. 2.3).

## **E. 2**

Anlass zur Beschwerde gibt die von der Vorinstanz ergänzte Besuchsrechtsregelung gemäss Dispositivziffer 1.2 des angefochtenen Entscheids (vgl. vorne Bst. C).

### **E. 2.1.1**

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf 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 konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist ( BGE 131 III 209 E. 5 S. 212; 130 III 585 E. 2.1 S. 587 f.; Urteil 5A\_200/2015 vom 22. September 2015 E. 7.2.3, in: FamPra.ch 2016 S. 302).

Der aus Art. 273 Abs. 1 ZGB fliessende Anspruch kann gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes gefährdet wird, wenn ihn der betreffende Elternteil pflichtwidrig ausgeübt hat, wenn sich dieser nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Eine Gefährdung des Wohls des Kindes im genannten Sinn liegt dann vor, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entwicklung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist ( BGE 122 III 404 E. 3b S. 407; Urteil 5A\_200/2015 vom 15. September 2015 E. 7.2.3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 302, mit Hinweisen). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Besuchsrecht dem nicht obhutsberechtigten Elternteil um seiner Persönlichkeit willen zusteht und ihm daher nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden darf. Eine Gefährdung des Kindeswohls ist daher unter diesem Gesichtspunkt nicht leichtthin anzunehmen (Urteil 5A\_831/2018 vom 23. Juli 2019 E. 6.2). Eine Einschränkung des persönlichen Verkehrs darf in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten erfolgen ( BGE 130 III 585 E. 2.2.1 S. 589), und der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt nur als ultima ratio in Frage ( BGE 122 III 404 E. 3b S. 407; 120 II 229 E. 3b/aa S. 233; Urteil 5A\_200/2015 vom 22. September 2015 E. 7.2.3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 302).

### **E. 2.1.2**

Die Regelung des persönlichen Verkehrs soll während der ganzen Dauer des Anspruchs angemessen sein. Treten Änderungen ein, welche sie als unangemessen erscheinen lassen und nicht zum Voraus berücksichtigt sind, so ist sie zu ändern (SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 7. Aufl. 2022, N. 10 zu Art. 273 ZGB ). Dies entspricht auch der Regelung der Kindesschutzmassnahmen in Art. 307 ff. ZGB : So wird die Bestimmung in Art. 313 Abs. 1 ZGB , wonach die nach Art. 307 ZGB angeordneten Massnahmen zum Schutz des Kindes bei Veränderung der Verhältnisse der neuen Lage anzupassen sind, als unmittelbarer Ausfluss des Prinzips der Verhältnismässigkeit der

Massnahmen betrachtet (BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 7. Aufl. 2022, N. 1 zu Art. 313 ZGB ; N. 8 zu Art. 307 ZGB ; vgl. dazu BGE 120 II 384 E. 4d). Oberste Richtschnur ist auch hier das Kindeswohl, allfällige Interessen der Eltern stehen dahinter zurück (vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3; 130 III 585 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.1.3**

Die kantonale Behörde trifft den Entscheid über die Neuregelung des persönlichen Verkehrs unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäsem Ermessen ( Art. 4 ZGB ; Urteile 5A\_951/2020 vom 7. Februar 2021 E. 4; 5A\_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.3). Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat. Das ist namentlich der Fall, wenn sie grundlos von in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie Umstände nicht in Betracht gezogen hat, die hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, die sich im Ergebnis als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 142 III 617 E. 3.2.5; 141 III 97 E. 11.2; vgl. Urteile 5A\_669/2019 und 5A\_684/2019 vom 7. Februar 2020 E. 6.3).

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz verneinte grundsätzlich eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die eine Anpassung der Besuchsrechtsregelung gemäss Entscheid vom 7. April 2021 zum Wohl "der Betroffenen" erforderlich machen würde. Sie erwog, dass auch die damalige Beiständin in ihrem Zwischenbericht vom 29. September 2022 weder eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse noch relevante Gründe vorgebracht habe, weshalb das Kindeswohl aufgrund der Entwicklungen seit dem Entscheid vom 7. April 2021 zusätzlich gefährdet sein sollte. Insbesondere hätten die involvierten Fachpersonen keine Anzeichen für die von der Beschwerdeführerin behauptete Gewaltausübung des Beschwerdegegners gegenüber den Kindern festgestellt. Offensichtlich sei der Elternkonflikt das Hauptproblem bei der Durchführung der Besuche.

Sodann stellte die Vorinstanz fest, dass seit Juli 2021 keine Kinderspitex am Wohnort des Beschwerdegegners installiert sei, womit das Besuchsrecht, wie es im Entscheid vom 7. April 2021 festgelegt worden sei, nicht umgesetzt werden könne. Am Erfordernis der Kinderspitex an den Besuchswochenenden des Beschwerdegegners sei festzuhalten, da der Aufwand für die medizinische Betreuung von D. \_\_\_\_\_ aufgrund des nunmehr notwendigen Sauerstoffgeräts gestiegen sei. Damit eine drohende Entfremdung zwischen Vater und Kindern verhindert werde, sei der Beschwerdegegner zu berechtigen und zu verpflichten die Kinder alle zwei Wochen von Samstag, 10:00 bis 17:00 Uhr, auf seine Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen. Diese Regelung soll ergänzend zu der bereits bestehenden Regelung gemäss Entscheid vom 7. April 2021 hinzutreten und dahinfallen, sobald die Kinderspitex am Wohnort des Beschwerdegegners organisiert und installiert sei. Die ergänzende Regelung sei angemessen, so die Vorinstanz weiter, da D. \_\_\_\_\_ die Sauerstoffzufuhr insbesondere nachts benötige und auch die Unterstützung durch die Kinderspitex im Hinblick auf die Medikamenteneinstellung vor dem Abendessen erfolge.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie, die Vorinstanz habe es pflichtwidrig unterlassen, den gesamten entscheidrelevanten Sachverhalt festzustellen, womit sie in

Willkür verfallen sei und den Untersuchungsgrundsatz verletzt habe.

### **E. 2.3.1**

Die Pflicht, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ( Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 1 ZGB ; Art. 296 ZPO ), dauert so lange, bis das Gericht die für die Beurteilung des strittigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen nach Massgabe des erforderlichen Beweismasses als bewiesen oder widerlegt betrachtet, mithin ein positives Beweisergebnis vorliegt. Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an Vollständigkeit und/oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, d.h. bleibt das Beweisergebnis offen, hat das Gericht weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind. Wo das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, liegt Beweiswürdigung vor. Dies hat für die beschwerdeführende Partei zur Folge, dass sie in einem ersten Schritt "offensichtlich unrichtige" Sachverhaltsfeststellung rügen (d.h. aufzeigen, inwiefern das Gericht nicht zu dem von ihm festgestellten positiven Beweisergebnis gelangen durfte) und damit durchdringen muss, bevor sich das Bundesgericht mit der (behaupteten) Rechtsverletzung befasst. Die beschwerdeführende Partei muss für diesen zweiten Schritt die für den Ausgang des Verfahrens entscheidenden Tatsachen behaupten, welche die Vorinstanz festzustellen bzw. abzuklären unterlassen hat (Urteile 5A\_154/2022 vom 20. Mai 2022 E. 4.2.4 mit Hinweisen; 5A\_128/2020 vom 13. April 2021 E. 3.4, nicht publ. in: BGE 147 III 215 ; 5A\_373/2018 vom 8. April 2019 E. 3.2.4; 5A\_299/2012 vom 21. Juni 2012 E. 3.4).

Die Vorinstanz ist von einem positiven Beweisergebnis ausgegangen. Es ist mithin vorab der Vorwurf zu prüfen, die Vorinstanz sei bei der Erstellung der tatsächlichen Grundlagen ihres Entscheids in Willkür verfallen. Die Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung ist offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite des Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder es auf Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die vom Sachgericht gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der rechtsuchenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür ( BGE 142 II 433 E. 4.4).

### **E. 2.3.2**

Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz habe sich weder mit den psychischen und neuropsychologischen Beeinträchtigungen des Beschwerdegegners und seiner verminderten Belastungsfähigkeit im Hinblick auf die Frage nach seiner Erziehungsfähigkeit auseinandergesetzt noch habe sie ihren Beweis Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens über die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners behandelt. Ebenso wenig habe sich die Vorinstanz mit dem erheblich gesteigerten Betreuungs- und Pflegeaufwand von D. \_\_\_\_\_ auseinandergesetzt und den Zwischenbericht der Beiständin vom 29. September 2022 berücksichtigt. Die Feststellung der Vorinstanz, die Beiständin habe keine erheblichen Veränderungen der Verhältnisse vorgetragen, sei unzutreffend, denn die Beiständin habe ausgeführt, der Gesundheitszustand von D. \_\_\_\_\_ habe sich erheblich verschlechtert, da er nun über die ganze Nacht auf ein Sauerstoffgerät angewiesen sei. Auch tagsüber müsse gut auf D. \_\_\_\_\_ in Bezug auf die Ernährungs- und Flüssigkeitsaufnahme geachtet werden. Die klare Empfehlung der Beiständen, ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen, habe die Vorinstanz ebenfalls

unberücksichtigt gelassen.

### **E. 2.3.3**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz den Zwischenbericht der damaligen Beiständin vom 29. September 2022 sehr wohl berücksichtigt. Sie hat festgestellt, dass die Beiständin darin keine seit dem Entscheid vom 7. April 2021 erhebliche Veränderung der Verhältnisse vorgebracht habe mit der Ausnahme, dass D.\_\_\_\_\_ während der Nacht auf ein Sauerstoffgerät angewiesen sei, weshalb der Aufwand für die medizinische Betreuung von D.\_\_\_\_\_ gestiegen sei. Daraus hat die Vorinstanz auf das nach wie vor bestehende Erfordernis einer Kinderspitex geschlossen, welche Abends das Sauerstoffgerät installiert und D.\_\_\_\_\_ medizinisch versorgt. Der neu eingetretene Umstand (Erfordernis eines Sauerstoffgeräts für D.\_\_\_\_\_) hat indessen keinerlei Auswirkungen auf die von der Vorinstanz getroffene Übergangsregelung, die den Beschwerdegegner berechtigt und verpflichtet, die Kinder alle zwei Wochen Samstags von 10:00 bis 17:00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, dass D.\_\_\_\_\_ auch tagsüber auf das Sauerstoffgerät angewiesen wäre. Bei der Übergangsregelung handelt es sich letztlich um nichts anderes als eine teilweise Umsetzung der Regelung des persönlichen Verkehrs gemäss Entscheid vom 7. April 2021.

Abgesehen vom Erfordernis des Sauerstoffgeräts für D.\_\_\_\_\_ während der Nacht vermag die Beschwerdeführerin weder vor der Vorinstanz noch vor Bundesgericht wesentliche Veränderungen seit dem Entscheid vom 7. April 2021 darzutun, die das Kindeswohl gefährden würden. Der Gesundheitszustand des Beschwerdegegners war bereits zum Zeitpunkt des Entscheids vom 7. April 2021 bekannt, was sich aus den von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Berichten vom 20. November 2017 und vom 25. Februar 2019 ergibt. Die Beschwerdeführerin hätte allfällige negative Auswirkungen des gesundheitlichen Zustands des Beschwerdegegners auf das Kindeswohl auf dem entsprechenden Rechtsmittelweg vorbringen müssen. Das Abänderungsverfahren dient nicht dazu, das ursprüngliche Verfahren erneut aufzurollen (Urteil 5A\_353/2017 vom 30. August 2017 E. 4.1). Deshalb kann der Vorinstanz im vorliegenden Abänderungsverfahren nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie auf die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdegegners nicht eingegangen ist. Die Vorinstanz hätte zwar kurz begründen können, weshalb sie auf den Beweisantrag der Beschwerdeführerin nicht eingeht bzw. diesen ablehnt. Es ändert aber nichts daran, dass sich am gesundheitlichen Zustand des Beschwerdegegners und somit auch an seiner Erziehungsfähigkeit, welche die Beschwerdeführerin offensichtlich von dessen gesundheitlichem Zustand abhängig macht, seit dem Entscheid vom 7. April 2021 nichts zum Nachteil des Kindeswohls geändert hat und folglich das vor der Vorinstanz beantragte Gutachten für das vorliegende Abänderungsverfahren von vornherein keine Rolle spielt.

### **E. 2.3.4**

Demnach hat die Vorinstanz den entscheiderelevanten Sachverhalt willkürfrei festgestellt. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet und dem Vorwurf der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist die Grundlage entzogen.

### **E. 2.4**

In rechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 273 Abs. 1 ZGB .

#### **E. 2.4.1**

Soweit sich die Beschwerdeführerin erneut auf die fehlende vorinstanzliche Abklärung des gesundheitlichen Zustands des Beschwerdegegners und auf den Zwischenbericht der früheren Beiständin bezieht, wiederholt sie im Grunde ihre Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen in E. 2.3.3 sowie auf das Ergebnis in E. 2.3.4 verwiesen werden.

#### **E. 2.4.2**

Die Rüge der Gesetzesverletzung begründet die Beschwerdeführerin wiederum mit dem gesundheitlichen Zustand des Beschwerdegegners, seiner Verweigerungshaltung hinsichtlich der Anerkennung seiner Beeinträchtigungen und der Schwere der Erkrankung von D.\_\_\_\_\_. Wie dargelegt, bringt sie damit keine seit dem Entscheid vom 7. April 2021 eingetretenen, konkreten Vorfälle bzw. Umstände vor, welche das Kindeswohl von D.\_\_\_\_\_ gefährden würden.

#### **E. 2.4.3**

Eine Verletzung von Art. 273 ZGB kann nach dem Ausgeführten nicht festgestellt werden; die Beschwerde erweist sich auch insoweit als unbegründet.

#### **E. 2.5**

Im Eventualpunkt beantragt die Beschwerdeführerin die Gewährleistung der Kinderspitex für den Besuchszeitraum von 10:00 bis 17:00 Uhr gemäss der vorinstanzlichen Übergangsregelung (Rechtsbegehren 3). Auch dieser Antrag ist allein vor dem Hintergrund einer seit dem Entscheid vom 7. April 2021 eingetretenen wesentlichen Änderung zum Nachteil des Kindeswohls zu prüfen. Da D.\_\_\_\_\_ nur Nachts auf das Sauerstoffgerät angewiesen ist und gegenteiliges von der Beschwerdeführerin nicht behauptet wird, erweist sich der Eventualantrag der Beschwerdeführerin als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 3**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde insgesamt abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), nicht aber entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt wurden und dem obsiegenden Beschwerdegegner keine zu entschädigenden Kosten entstanden sind ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren kann gutgeheissen werden und Rechtsanwalt Christian-Georg Keil ist ihr als unentgeltlicher Rechtsvertreter beizuordnen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Beschwerdeführerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten hat, falls sie dazu später in der Lage ist ( Art. 64 Abs. 4 BGG ).

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