

# **SO\_GERICHTE VWBES.2018.367 vom 10. Januar 2019**

SO Obergericht, 2019-01-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2018.367\\_d20190110](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2018.367_d20190110)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2018.367 du 10 janvier 2019

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2018.367 del 10 gennaio 2019

## **Regeste**

Regelung persönlicher Verkehr

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Es sei der persönliche Verkehr zwischen den Kindern und dem Kindsvater wie folgt zu regeln:

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ersucht um Parteibefragung. Dies würde die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung voraussetzen. Gemäss § 52 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG, BGS 124.11) sind die Verwaltungsgerichtsbehörden nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Nach § 71 VRG finden mündliche Verhandlungen nur bei Disziplinarbeschwerden statt. In allen übrigen Fällen entscheiden die Verwaltungsgerichtsbehörden aufgrund der Akten; sie können jedoch, auf Antrag oder von Amtes wegen, eine Verhandlung anordnen, sofern dies als notwendig erachtet wird und Sinn macht. Im vorliegenden Fall wurden die umfangreichen Vorakten beigezogen und der Beschwerdeführer hat seinen Standpunkt in der Beschwerdeschrift und in der Replik ausführlich aufgezeigt. Es ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen relevanten Erkenntnisse das Gericht durch eine Parteibefragung anlässlich einer Verhandlung gewinnen könnte. Der Antrag ist deshalb abzuweisen.

#### **E. 2.2**

Die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung setzt im Übrigen nach der Rechtsprechung einen klaren Parteiantrag voraus. Blosser Beweisabnahmeanträge, wie die Durchführung einer persönlichen Befragung, reichen nicht aus (Urteil des EGMR i.S. Hurter gegen die Schweiz vom 15. Dezember 2005, Nr. 53146/99, Ziff. 34; BGE 130 II 425 E. 2.4.). Der Beschwerdeführer hat keinen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt, sondern lediglich um Parteibefragungen im Sinne von Beweisanträgen ersucht. Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) hat im vorliegenden Zusammenhang daher keine über Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) hinausgehende Bedeutung (BGE 134 I 140 E. 5.2).

#### **E. 2.3**

Die Kinder verbringen die Hälfte der Feiertage beim Kindsvater.

#### **E. 2.4**

Im Falle einer Widerhandlung gegen diese Regelung wird den Kindseltern eine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht.

### **E. 3**

Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichneten als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) geltend. Er bringt vor, die Parteien seien mit Verfügung vom 2. Mai 2018 aufgefordert worden, Stellung im Hinblick auf ein konkretes, gerichtliches Besuchsrecht zu nehmen. Mit dem angefochtenen Entscheid jedoch habe die KESB ein komplett anderes Besuchsrecht verfügt. Zu der verfügten Regelung habe er sich nie äussern können. Der Entscheid sei überraschend gekommen, zumal eine massive Reduktion des Besuchsrechts im Laufe des Verfahrens nie ein Thema gewesen sei. Der Entscheid verletze damit nicht nur sein rechtliches Gehör, sondern verstosse auch gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

#### **E. 3.2**

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV zählt insbesondere im Sinne einer verfassungsmässigen Mindestgarantie (dazu BGE 129 II 497 E. 2.2 E. 2.2 mit Hinweisen) das Recht einer Person, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden (vgl. BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 3.3**

Die KESB gewährte den Kindseltern mit Verfügung vom 2. Mai 2018 das rechtliche Gehör und stellte ihnen für das Ausbleiben einer Stellungnahme in Aussicht, den persönlichen Verkehr zwischen Kindsvater und Kindern entsprechend der vorsorglichen Regelung (Entscheid vom 15. September 2017) abschliessend festzulegen. Die Kindseltern äusserten sich mit Eingaben vom 16. Mai 2018 und vom 6. Juni 2018 zum Besuchsrecht. In der Folge verfügte die KESB gegenüber der vorsorglichen Regelung ein eingeschränktes Besuchsrecht. Darin ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken. Die Vorinstanz hat sich mit den Standpunkten des Beschwerdeführers befasst. Wie dem Beschwerdeführer liegt auch der Vorinstanz daran, dass in Zukunft wieder regelmässige Kontakte zwischen ihm und seinen Kindern zustande kommen. Dass die Vorstellungen bezüglich der Intensität dieser Kontakte auseinandergehen, ist keine Frage des verweigerten rechtlichen Gehörs, sondern eine solche der unterschiedlichen rechtlichen Würdigung. Daran ändert auch nichts, dass sich der Beschwerdeführer vom Urteil der Vorinstanz überrascht zeigt. Die vorsorgliche Regelung sollte nur für den Fall bestätigt werden, dass von den Kindseltern keine Stellungnahmen eintreffen. Die Rüge eines Verstosses gegen Treu und Glauben ist ebenfalls unbegründet.

#### **E. 3.4**

Im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens wurden die beiden Kinder persönlich von der KESB zum Besuchsrecht angehört.

#### **E. 3.5**

Die KESB schloss mit Stellungnahme vom 22. November 2018 ebenfalls auf Beschwerdeabweisung, u.K.u.E.F.

### **E. 3.6**

Mit Replik vom 14. Dezember 2018 hielt der Beschwerdeführer an den bereits gestellten Rechtsbegehren fest. 4. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen im angefochtenen Entscheid wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen. II. 1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210] i.V.m. § 130 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EG ZGB, BGS 211.1]). Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 4**

Es sei festzustellen, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt, eventualiter sei diese für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu gewähren.

#### **E. 4.1**

Umstritten ist der Umfang des persönlichen Verkehrs.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erwog, die beiden Eltern äusserten sich nicht konkret zur künftigen Besuchsrechtsregelung. Die Eltern seien sich darüber einig, dass die Kinder nicht zu den Besuchen beim Vater gezwungen werden sollten. D.\_\_\_\_ verbringe regelmässig alle zwei Wochen einen Nachmittag mit dem Vater, während es bei C.\_\_\_\_ keine Regelmässigkeit gebe. Der Kindsvater scheine sich zurückzuziehen. Für die Entwicklung und die Identitätsfindung der Kinder sei zentral, dass sie einen regelmässigen Kontakt zum Vater pflegen könnten. Es seien keine Gründe bekannt, die gegen Übernachtungen und somit gegen ein Normbesuchsrecht beim Vater sprechen würden. Vielmehr sei vorliegend davon auszugehen, dass sich die Kinder durch die Trennungssituation und den anhaltenden Paarkonflikt stark mit der Mutter solidarisiert hätten und daher den Kontakt zum Vater vermehrt ablehnten. Die Kindsmutter sei ihrerseits nicht gewillt, die Kinder entsprechend zu Besuchen beim Vater zu motivieren und diese verpflichtend durchzusetzen. Um die Kontakte zum Vater weiterhin aufrecht halten zu können, scheine es aufgrund des bisherigen Fallverlaufs unumgänglich, eine verbindliche minimale Besuchsregelung festzulegen. Gestützt auf die heutige Besuchspraxis der Eltern scheine daher eine Regelung von zwei Nachmittagen pro Monat als vertretbar und unter den heutigen Umständen auch umsetzbar.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe im Rahmen des rechtlichen Gehörs unbeholfen eine gewisse Resignation zum Ausdruck gebracht, weil das Besuchsrecht durch die Kindsmutter über Monate hinweg erfolgreich vereitelt und von der KESB nicht durchgesetzt worden sei. Das im angefochtenen Entscheid festgelegte Besuchsrecht von zwei Nachmittagen pro Monat liege deutlich unter dem praxisüblichen Minimalstandard. Zwar stelle die KESB fest, ein gerichtsübliches Besuchsrecht müsse längerfristig das Ziel sein, nehme dann aber scheinbar bewusst einen Verstoss gegen das Kindeswohl in Kauf, um das Besuchsrecht nicht gegen den Willen der Kindsmutter erzwingen zu müssen. Die KESB gehe mit ihrem Entscheid den Weg des geringsten Widerstands.

#### **E. 4.4**

Die KESB hielt in ihrer Stellungnahme fest, gestützt auf die Aussagen der Beteiligten würden die Kinder zurzeit regelmässig je einen Nachmittag alle 14 Tage zum Vater gehen. Die Kinder erklärten klar, dass ihnen diese Kontakte ausreichten, respektive sie frei und spontan mit dem Vater abmachen wollten. In der vorliegenden Situation habe sich diese Praxis eingespielt und werde schon lange so gelebt. Der Beschwerdeführer habe erst im Beschwerdeverfahren ein konkretes 14-tägiges Besuchsrecht beantragt. Zuvor habe er mehrfach zu verstehen gegeben, die Kinder zwar öfters sehen, sie aber zu nichts zwingen zu wollen. Beim Kindsvater sei immer wieder seine Ambivalenz in der Sache deutlich zum Ausdruck gekommen. Das im September 2017 vorsorglich angeordnete Besuchsrecht habe nie umgesetzt werden können. Die Kindseltern hätten sich darauf geeinigt, dass die Kinder künftig jeweils selbst bestimmen sollten, wann sie zum Vater gehen. Es bestehe seit Jahren ein hochvirulenter Elternkonflikt, wobei die Eltern Hilfs- und Beratungsangebote nicht ausreichend wahrnehmen würden. Sie zeigten kein ernsthaftes Interesse, auch selbst etwas zur Lösung des Konfliktes beizutragen. Das Besuchsrecht solle zuerst jeweils einen Nachmittag alle 14 Tage gefestigt werden, bevor eine weitere Ausdehnung der Besuche angegangen werde. Andernfalls würde erneut Druck und Unruhe im ganzen System ausgelöst. Der Beistand habe mit Entscheid vom 31. Juli 2018 den Auftrag erhalten, bis Februar 2019 eine Empfehlung über die Ausweitung des persönlichen Verkehrs abzugeben. Somit sei der Auftrag gegeben, an einer Ausdehnung der Besuche zu arbeiten und zwischen den Beteiligten zu vermitteln. Eine zwanghafte Durchsetzung zum jetzigen Zeitpunkt sei kontraproduktiv. Der Fokus solle darauf gerichtet werden, regelmässige Besuche zu festigen und qualitativ für die Kinder so zu gestalten, dass sie gerne zu ihrem Vater gehen.

#### **E. 4.5**

Der Beschwerdeführer entgegnet dazu in seiner Replik, er bemühe sich seit fünf Jahren um ein gerichtsübliches Besuchsrecht, was von der Kindsmutter aber vereitelt worden sei. Es sei Aufgabe der KESB, das Besuchsrecht durchzusetzen, um so die Basis für ein gerichtsübliches Besuchsrecht zu schaffen. Der Bezug zwischen Kindern und Kindsvater soll wieder verstärkt werden. Zu diesem Zweck brauche es die unverzügliche Etablierung eines gerichtsüblichen oder zumindest eines weitergehenden Besuchsrechts als von der KESB verfügt. Wie die Anhörung gezeigt habe, seien die Kinder nicht explizit gegen einen Ausbau des Besuchsrechts sondern legten bloss eine gewisse Gleichgültigkeit an den Tag. Dieser Gleichgültigkeit gelte es zur Wahrung des Kindeswohls entgegen zu treten, was aber mit einer Festigung eines äusserst bescheidenen Besuchsrechts, wie von der KESB vorgesehen, mit Sicherheit nicht getan sei. Ein ausgedehnter Kontakt zum Kindsvater sei für beide Seiten wichtig, während der Kindsmutter aufgezeigt werden müsse, dass sie nicht eigenmächtig über die Besuchszeiten bestimmen könne und ihre querulatorische Haltung Konsequenzen habe.

#### **E. 5**

Es seien dem Unterzeichneten die vollständigen Akten zur Einsicht zuzustellen.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 273 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (vgl. Abs. 1). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr

verweigert oder entzogen werden (vgl. Art. 274 Abs. 2 ZGB).

### **E. 5.2**

Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist stets 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).

### **E. 5.3**

Was die Weigerung des Kindes anbelangt, so kann diese mit einer der drei in Art. 274 Abs. 2 ZGB aufgeführten Fallkonstellationen zusammenhängen oder aber gegebenenfalls selbständig unter die «anderen wichtigen Gründe» subsumiert werden. Bezüglich Willen des Kindes ist zunächst dessen Alter zu berücksichtigen bzw. dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist (Urteile des BGer 5A\_92/2009 vom 22. April 2009 E. 5.1.2 mit diversen Hinweisen, in: FamPra.ch 2009 S. 786; 5A\_719/2013 vom 17. Oktober 2014 E. 4.4; vgl. auch BGE 133 III 146). Das Kind kann indes nicht in Eigenregie bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen es Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchte (BGE 127 III 295 E. 4a; 111 II 405 E. 3; Urteil des BGer 5A\_107/2007 vom 16. November 2007 E. 3.2, in: FamPra.ch 2008 S. 429).

### **E. 5.4**

Aus den Akten ergibt sich, dass zwischen den Kindseltern ein massiver Konflikt besteht. So streiten sie sich u.a. seit Jahren über das Besuchsrecht. Während die Kindsmutter erklärt, sie werde die Kinder gegen ihren Willen nicht mehr dazu zwingen, Kontakt mit dem Kindsvater zu haben, wünscht sich der Kindsvater mehr Kontakt zu den Kindern. Die Kindseltern schafften es nicht, die Hilfsangebote der angerufenen Fachstellen zu nutzen und sich gemeinsam auf ein Besuchsrecht zu einigen. Gemäss übereinstimmender Erklärungen der Kindseltern sieht der Kindsvater D.\_\_\_\_ alle 14 Tage, C.\_\_\_\_ hingegen unregelmässig. Die Kinder wurden zum Besuchsrecht letztmals am 13. November 2018 angehört. Gegenüber dem fallführenden Mitglied der KESB gab D.\_\_\_\_ an, er wolle den Vater eigentlich nicht öfter sehen, es sei gut so. Er habe viel Schule und wolle am Weekend zuhause sein. Wenn er müsse, dann würde er öfter zum Vater gehen, aber nicht gerne. Er wisse nicht genau, warum. Zuhause sei es einfach besser. C.\_\_\_\_ erklärte, er wolle eigentlich nicht öfter zum Vater, es stimme so für ihn. Wenn er gehen müsse, dann würde er dies auch tun, aber er habe gar keine Lust dazu und wolle weiterhin spontan abmachen.

### **E. 5.5**

C.\_\_\_\_ ist am [...] 2005 geboren heute 13 ½ Jahre alt und somit urteilsfähig, was die Frage des Besuchsrechts angeht. D.\_\_\_\_ wurde am [...] 2009 geboren und ist bald 10 Jahre alt. D.\_\_\_\_ ist in einem Alter, in dem er sich mitteilen und seine Meinung vertreten kann, d.h. auch darüber entscheiden kann, ob er den Kontakt zum Vater haben möchte oder nicht. Beide Kinder sind also in einem Alter, in dem sie zu autonomer Willensbildung fähig sind und ihr Wille dem Grundsatz nach zu berücksichtigen ist. Sowohl C.\_\_\_\_ als auch D.\_\_\_\_ bringen klar und unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie keinen weitergehenden Kontakt zum Kindsvater wünschen, als den derzeit gelebten. Dem Kindeswillen ist momentan Rechnung zu tragen, denn lehnt ein urteilsfähiges Kind den Umgang kategorisch ab, so ist dieser aus Gründen des Kindeswohls auszuschliessen, weil ein gegen den starken Widerstand erzwungener Besuchskontakt mit dem Zweck des Umgangsrechts im

Allgemeinen ebenso unvereinbar ist, wie mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes. Bei einer konsequenten Weigerung ist die Durchführung des Besuchsrechts somit nicht mit dem Kindeswohl vereinbar. Auch ist vorliegend die Anwendung direkten Zwangs resp. Drucks abzulehnen, da sie Sinn und Zweck des Verkehrsrechts widerspricht (vgl. Schwenzer/Cottier in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 275a N 19), und für die Ausübung des Besuchsrechts kontraproduktiv ist. Eine gerichtliche Verordnung gegen den Kinderwillen wirkt sich im Übrigen auf das Vater-Kind-Verhältnis regelmässig negativ aus und leitet meistens den endgültigen Abbruch der Beziehung ein. Viele Kinder, welche mit rigider gerichtlicher Verfügung zu Besuchen genötigt werden, brechen die Verbindung später ab.

#### **E. 5.6**

Nicht nur der klar geäusserte Kindswillen, sondern auch der nach wie vor hochproblematische Umgang der Kindseltern untereinander und der dadurch entstehende Loyalitätskonflikt, in welchem sich die Kinder befinden, stehen einem ausgedehnteren Besuchsrecht derzeit entgegen. Eine stufenweise Ausdehnung des Besuchsrechts bis zu einem gerichtsüblichen Ausmass ist aber anzustreben, was auch von der KESB beabsichtigt wird.

#### **E. 5.7**

Vor dem Hintergrund dieser besonderen Umstände ist die vorinstanzliche Regelung des persönlichen Verkehrs nicht zu beanstanden, auch wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Beurteilung den persönlichen Verkehr derzeit massiv eingeschränkt und auf zwei gemeinsame Nachmittage im Monat reduziert hat.

#### **E. 5.8**

Abschliessend ist die Kindsmutter daran zu erinnern, dass es zentrale Erziehungsaufgabe des obhutsberechtigten Elternteils ist, den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen. Eigene negative Stimmungslagen sind deshalb zu bekämpfen, und die Kinder sind nicht nur nicht negativ zu beeinflussen, sondern darin zu bestärken, dass Kontakte längerfristig und dereinst rückblickend gesehen in den allermeisten Fällen von Nutzen sind. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre es unhaltbar, wenn der obhutsberechtigte Elternteil es in der Hand hätte, gewissermassen durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. In diesem Sinn sei auch zu bedenken, dass für einen allfälligen Loyalitätskonflikt des Kindes in erster Linie die Eltern verantwortlich seien, was ihnen allerdings oftmals nicht bewusst sei. Es sei eigentliche Aufgabe des Obhutsberechtigten, eine positive Einstellung des Kindes gegenüber dem Besuchsberechtigten zu fördern (vgl. Urteil des BGer 5A\_885/2015 vom 16. März 2016 E. 3; BGE 130 III 585 E. 2.2.1).

#### **E. 6**

Unter o/e Kostenfolge.

#### **E. 6.1**

Aufgrund der Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang hat der Beschwerdeführer grundsätzlich die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die auf CHF 1'000.00 festzusetzen sind. Gemäss dem eingereichten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege verfügt der

arbeitslose Beschwerdeführer jedoch nicht über die nötigen Mittel zur Bezahlung des Prozesses, weshalb ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist (vgl. § 76 Abs. 1 VRG). Die Kosten trägt somit der Kanton Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren, sobald der Beschwerdeführer dazu in der Lage ist (§ 76 Abs. 4 VRG i.V.m. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]).

#### **E. 6.2**

Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands, Rechtsanwalt Sandro Horlacher, für das Beschwerdeverfahren wird auf CHF 2'490.00 (12.333 Stunden à CHF 180.00 [§ 160 Abs. 3 Gebührentarif, GT, BGS 615.11] inkl. MwSt. und Auslagen) festgesetzt. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung durch den Staat Solothurn zu bezahlen; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwalt Sandro Horlacher im Umfang von CHF 265.70 (Differenz zu vollem Honorar von CHF 2'755.70), sobald der Beschwerdeführer zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

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