



5A_44/2022

Verfügung vom 13. Dezember 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt,
nebenamtliche Bundesrichterin Reiter,
Gerichtsschreiberin Lang.

Verfahrensbeteiligte

A.A._____ und **B.A.**_____,
vertreten durch Rechtsanwalt Raphael Fisch,
Beschwerdeführer,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Münchwilen, Wilerstrasse 19, 8370 Sirnach.

Gegenstand

Persönlicher Verkehr,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Thurgau vom 7. Dezember 2021 (KES.2021.55).

Sachverhalt:

A.

A.a C.A._____ (geb. 2017) ist das Kind der verheirateten Eltern A.A._____ (geb. 1996) und B.A._____ (geb. 1992).

A.b Mit Entscheid vom 27. September 2017 errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Münchwilen (KESB) für C.A._____ eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Zur Abklärung weiterer Kindesschutzmassnahmen für C.A._____ wurde am 19. Februar 2018 ein forensisches Gutachten in Auftrag gegeben, das den Eltern die Erziehungsfähigkeit je einzeln und als Paar absprach. Die Gutachterin empfahl eine Platzierung vor Ort. Mit Entscheid vom 17. April 2018 erteilte die KESB den Kindseltern die Weisung, an fünf Tagen pro Woche während jeweils vier bis fünf Stunden eine sozialpädagogische Familienbegleitung in Anspruch zu nehmen. Mit Entscheid vom 19. Februar 2019 entzog die KESB den Kindseltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C.A._____ und brachte das Kind bei Pflegeeltern unter. Den Kindseltern und der Urgrossmutter mütterlicherseits, D._____, wurde ein Besuchsrecht eingeräumt, jeweils von Donnerstag, 9:00 Uhr, bis Freitag, 19:00 Uhr. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

A.c Mit Eingabe vom 15. Juli 2021 ersuchte die Beiständin von C.A._____ um Neuregelung des Besuchsrechts der Eltern und der Urgrossmutter.

A.d Mit Entscheid vom 15. Oktober 2021 hob die KESB die bis dahin geltende Besuchsregelung auf und räumte den Kindseltern ein vorerst auf die Dauer von sechs Monaten festgelegtes begleitetes Besuchsrecht einmal pro Monat ein. Auch das Besuchsrecht der Urgrossmutter legte die KESB neu fest.

B.

Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der Kindseltern wies das Obergericht des Kantons Thurgau mit Entscheid vom 7. Dezember 2021 (zugestellt am 22. Dezember 2021) in der Sache ab, soweit es darauf eintrat, es gewährte den Kindseltern aber die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

C.

C.a Mit Beschwerde vom 21. Januar 2022 gelangen die Kindseltern (die Beschwerdeführer) an das Bundesgericht und beantragen die Aufhebung des Entscheids vom 7. Dezember 2021, die Anordnung des

vor dem Entscheid effektiv gelebten Besuchsrechts sowie das Recht, mit C.A._____ drei Wochen Ferien pro Jahr zu verbringen. Eventualiter beantragen sie die Rückweisung an das Obergericht des Kantons Thurgau zwecks weiterer Abklärung des Sachverhalts und Neuurteilung, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Zudem beantragen sie, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

C.b Der Präsident der urteilenden Abteilung hat das Gesuch der Beschwerdeführer um aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 25. Januar 2022 abgewiesen.

C.c Das Bundesgericht erhielt in der Folge Kenntnis davon, dass die KESB am 15. Juli 2022 nach Ablauf der gemäss Entscheid vom 15. Oktober 2021 zunächst auf 6 Monate befristeten Regelung über das Besuchsrecht neu verfügt hat und die Beschwerdeführer dagegen kein Rechtsmittel eingelegt haben. Der Präsident der urteilenden Abteilung lud die Beschwerdeführer daher ein, sich zur Frage der Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens sowie zu den Kostenfolgen zu äussern (Verfügung vom 26. September 2022). Diese nahmen – nach mehreren Fristerstreckungen – schliesslich am 23. November 2022 Stellung.

C.d Im Übrigen hat das Bundesgericht die kantonalen Akten, in der Sache jedoch keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

1.1 Fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin (Art. 75 BGG) über Kindesschutzmassnahmen entschieden hat. Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG).

1.2

1.2.1 Gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen nur berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. b). Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen einer Gut-

heissung der Beschwerde, welche es der beschwerdeführenden Person ermöglicht, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur, den der angefochtene Entscheid mit sich brächte, zu vermeiden (BGE 143 III 578 E. 3.2.2.2). Dabei geht es nicht darum, Interessen Dritter geltend zu machen. Vorausgesetzt wird vielmehr ein eigenes schutzwürdiges Interesse der beschwerdeführenden Person. Dies gilt auch dort, wo eine Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme in Frage steht (Urteil 5A_744/2020 vom 27. September 2021 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.2.2 Das schutzwürdige Interesse an der Guttheissung der Beschwerde muss aktuell und praktisch, mithin im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils noch vorhanden sein. Ausnahmsweise verzichtet das Bundesgericht auf dieses Erfordernis, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (sog. virtuelles Interesse; BGE 140 III 92 E. 1.1). Fehlt es am aktuellen und praktischen Interesse und ist auch kein virtuelles Interesse auszumachen, wird die Beschwerde in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 BGG als gegenstandslos abgeschrieben, soweit das Interesse an der Beschwerdeführung nach Einreichung der Beschwerde weggefallen ist. Ist das Interesse hingegen bereits bei Einreichung der Beschwerde nicht gegeben, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten (BGE 136 III 497 E. 2.1).

1.2.3 Ein hinreichend schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids vermögen die Beschwerdeführer grundsätzlich geltend zu machen, soweit sie sich gegen die Neuregelung ihres Besuchsrechts für die Dauer von 6 Monaten wenden. Diese Regelung ist spätestens mit der Eröffnung des angefochtenen Entscheids am 22. Dezember 2021 in Kraft getreten, da der Beschwerde in Zivilsachen nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukam und ihr diese Wirkung auch nicht beigelegt wurde (vgl. Sachverhalt Bst. C.b; Art. 103 Abs. 1-3 BGG). Die streitgegenständliche Besuchsregelung ist daher bereits abgelaufen und die Beschwerdeführer haben kein aktuelles Interesse an deren Prüfung mehr. Hinzu kommt, dass die KESB in der Zwischenzeit neu über das Besuchsrecht entschieden hat und die Beschwerdeführer diese Verfügung – was sie anerkennen – nicht angefochten haben. Diese neue Verfügung ist daher in Rechtskraft erwachsen und es fehlt auch insoweit ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde, könnte doch selbst eine Guttheissung durch das Bundesgericht die neue Verfügung der KESB nicht beseitigen. Dass die Beschwerdeführer die Verfügung vom 15. Juli 2022 angeblich nur deshalb nicht angefochten haben, weil sie dazu mangels Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung

nicht in der Lage gewesen seien, ändert daran nichts. Soweit sich die Beschwerdeführer gegen die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zur Wehr setzen, zielen ihre Ausführungen jedenfalls am Streitgegenstand vorbei. Dass das Bundesgericht mit Entscheid über die aufschiebende Wirkung die Behandlung in der Hauptsache in Aussicht gestellt haben soll und dazu fast 6 Monate Zeit gehabt hätte, tut nichts zur Sache und ändert nichts daran, dass erstens die streitgegenständliche Regelung abgelaufen und zweitens die KESB in der Zwischenzeit rechtskräftig neu verfügt hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist die neue Verfügung der KESB vom 15. Juli 2022 auch nicht nichtig: Nachdem die streitgegenständliche Regelung des Besuchsrechts abgelaufen war, lag dessen Neuregelung ausserhalb des Gegenstands des vorliegenden Verfahrens (vgl. zum Streitgegenstand BGE 142 I 155 E. 4.4.2) und war der KESB daher nicht untersagt (vgl. Urteil 5A_744/2020 vom 27. September 2021 E. 2.2). Die Beschwerdeführer haben demnach kein aktuelles und praktisches Interesse mehr an der Behandlung ihrer Beschwerde.

1.2.4 Zuletzt ist weder offensichtlich noch geltend gemacht, dass ausnahmsweise auf das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Interesses an der Beschwerdeführung verzichtet werden könnte. Die Beschwerdeführer führen zwar aus, eine Kinderschutzbehörde könne den Rechtsmittelweg so faktisch nach Belieben aushebeln, indem sie die Besuchszeiträume derart kurz festlege, dass zwangsläufig ein neuer Entscheid ergehen müsse, bevor letztinstanzlich materiell entschieden werden könne. Dies könne und dürfe nicht sein. Ihre Ausführungen bleiben aber theoretischer Natur; sie zeigen nicht auf, inwiefern dies vorliegend zutreffen sollte. Dies ist denn auch nicht ersichtlich, regelt die Verfügung vom 15. Juli 2022 das Besuchsrecht der Beschwerdeführer doch zeitlich unbeschränkt und werfen die Beschwerdeführer dem Bundesgericht selbst vor, auch in Bezug auf die Verfügung vom 15. Oktober 2021 wäre genügend Zeit für einen Entscheid geblieben.

1.3 Nach dem Ausgeführten ist das Verfahren 5A_44/2022 zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

2.

2.1 Erklärt das Bundesgericht einen Rechtsstreit infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt, entscheidet es mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP). Es verfügt hierbei über einen Ermessensspielraum (Verfügung 5A_402/2021 vom 21. Juni 2022 E. 2.1). In erster Linie ist auf den mutmasslichen Aus-

gang des Prozesses abzustellen (BGE 125 V 373 E. 2a). Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen. Vielmehr soll es bei einer knappen, summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nicht ein materielles Urteil gefällt werden (BGE 142 V 551 E. 8.2 *in fine* mit Hinweisen).

2.2

2.2.1 Die Beschwerdeführer begründen ihre Beschwerde einerseits damit, die Vorinstanz habe die "Offizialmaxime" (recte: Untersuchungsmaxime) nach Art. 296 Abs. 1 ZPO verletzt. Sinngemäss begründen die Beschwerdeführer dies mit der Unterlassung der Vorinstanz, ein Sachverständigengutachten einzuholen.

2.2.2 Wer sich auf die Untersuchungsmaxime beruft bzw. eine Verletzung derselben geltend macht, muss zunächst aufzeigen, dass das Gericht den Sachverhalt unvollständig und damit willkürlich festgestellt hat. Die Beschwerdeführer erheben jedoch keinerlei (ausreichend begründete, Art. 106 Abs. 2 BGG) Sachverhaltsrügen, sondern machen sinngemäss und in rein appellatorischer Art und Weise geltend, den Aussagen der Pflegemutter könne nicht gefolgt werden und es lägen auch keine Aussagen von Drittpersonen vor, welche den Beobachtungen der Pflegemutter beipflichten könnten, zumal die Psychologin sowie die Kinderärztin sich auf mögliche Erklärungen zu den von der Pflegemutter geschilderten Verhaltensweisen beschränken würden. Aus ihren Ausführungen erschliesst sich letztlich nicht, wozu ein Sachverständigengutachten konkret eingeholt werden soll: zur Frage der psychischen Gesundheit der Beschwerdeführer oder in Bezug auf das Kind? Anders, als dies die Beschwerdeführer insinuierten, hat sich die Vorinstanz zur Beurteilung der Kindeswohlgefährdung nicht ausschliesslich auf das – vier Jahre zurückliegende – forensische Gutachten abgestützt, sondern die aktuelle Entwicklung ausführlich dargestellt und gewürdigt. Angesichts dessen erscheint die Beschwerde in diesem Punkt bei summarischer Prüfung unbegründet.

2.3

2.3.1 Andererseits kritisieren die Beschwerdeführer die Einschränkung ihres Rechts sowie dem der Urgrossmutter auf persönlichen Verkehr (Häufigkeit und Form). Sie erachten das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Zusammenhang als verletzt.

2.3.2 Soweit die Beschwerdeführer ein Besuchsrecht für die Urgrossmutter begehren und sich dazu äussern, ist die Beschwerde nicht zulässig.

2.3.3 Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben der nicht obhutsberechtigten Elternteil und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Bei dessen Ausgestaltung steht das Kindeswohl im Vordergrund, während die Interessen der Eltern zurückzustehen haben. 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 (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist stets das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 389 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 und Art. 274 Abs. 2 ZGB). In diesem Sinn verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs, eine gänzliche Unterbindung des Besuchsrechts, soweit allfällige negative Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung desselben begrenzt werden können (Urteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.2 mit Hinweisen). Eine Möglichkeit, das Besuchsrecht besonders auszugestalten, besteht in der Anordnung, die Besuche in Anwesenheit einer Drittperson durchzuführen, wenn die befürchteten nachteiligen Auswirkungen der Kontakte für das Kind durch die Anwesenheit einer Drittperson (sog. begleitetes Besuchsrecht) in Grenzen gehalten werden können (vgl. BGE 119 II 201 E. 3; Urteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.2 mit Hinweisen). Ein begleitetes Besuchsrecht darf indes nur angeordnet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls bestehen (Urteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.3.2; zum Ganzen siehe Urteil 5A_967/2021 vom 24. Juni 2022 E. 3.1).

2.3.4 Die Vorinstanz hat diese Grundsätze respektiert. Was die Beschwerdeführer dagegen vortragen, erschöpft sich in der appellatorischen Schilderung der Dinge aus ihrer Sicht und zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz von dem ihr zustehenden Ermessen (Art. 4 ZGB) falschen Gebrauch gemacht haben soll. Den Schluss der Vorinstanz, das Kindeswohl sei gefährdet, greifen die Beschwerdeführer nicht substantiiert an. Stattdessen unterlegen sie ihren Ausführungen (teilweise) einen nicht festgestellten Sachverhalt, ohne jedoch entsprechende Rügen zu erheben, und führen aus, ein begleitetes Besuchsrecht würde sich negativ auf ihre (eigene!) psychische Gesundheit auswirken. Die Beschwerde scheint daher auch in diesem Punkt bei summarischer Prüfung unbegründet.

2.4 Es rechtfertigt sich demnach, den Beschwerdeführern die Gerichtskosten aufzuerlegen. Ausnahmsweise wird jedoch auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet, sodass das Gesuch der Be-

schwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege in dieser Hinsicht gegenstandslos wird. Dem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung kann hingegen nicht entsprochen werden, da die Beschwerde bei summarischer Prüfung als von Anfang an aussichtslos beurteilt werden muss (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Parteientschädigung ist keine geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach verfügt das Bundesgericht:

1.

Das Verfahren 5A_44/2022 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Diese Verfügung wird den Beschwerdeführern, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Münchwilen und dem Obergericht des Kantons Thurgau mitgeteilt.

Lausanne, 13. Dezember 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Herrmann

Lang