



5A_883/2017

Urteil vom 21. August 2018
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi,
nebenamtlicher Bundesrichter Th. Geiser,
Gerichtsschreiberin Gutzwiller.

Verfahrensbeteiligte

A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Corinne Seeholzer,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Angela John,
Beschwerdegegner,

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB)
Innerschwyz.

Gegenstand

Neuregelung des persönlichen Verkehrs / teilweise
Beschränkung der elterlichen Sorge,

Beschwerde gegen den Entscheid des
Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz, Kammer III,
vom 27. September 2017 (III 2017 55).

Sachverhalt:

A.

A._____ (geb. 1984) und B._____ (geb. 1970) sind die Eltern von C._____ (geb. 2010). Mit Eheschutzentscheid vom 20. Dezember 2012 berechnigte sie das Bezirksgericht Hochdorf zum Getrenntleben, stellte den Sohn unter die Obhut der Mutter, A._____, und sprach dem Vater, B._____, ein Besuchsrecht zu.

Am 29. Oktober 2013 errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Innerschwyz für C._____ eine Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Sie setzte D._____ als Beistand ein.

Im Scheidungsurteil vom 24. April 2015 bestätigte das Bezirksgericht die gemeinsame elterliche Sorge über den Sohn C._____, teilte die Obhut der Mutter zu und regelte das Besuchsrecht des Vaters.

B.

Mit Eingabe vom 29. April 2015 beantragte A._____ der KESB, D._____ mit sofortiger Wirkung als Beistand zu ersetzen. Die KESB wies A._____ und B._____ mit Beschluss vom 10. November 2015 zunächst an, eine Mediation mit mindestens fünf Sitzungen zu besuchen. Für deren Dauer wurde der Beistand von seinen Aufgaben entbunden.

Nachdem das involvierte Zentrum der KESB gemeldet hatte, dass die Mediation abgeschlossen sei, hob die KESB mit Beschluss vom 21. Februar 2017 die Weisung an die Eltern auf, eine solche zu besuchen (Ziff. 1). Soweit hier von Belang, erklärte sie zudem B._____ für berechnigt und verpflichtet, die ausgefallenen Besuchswochenenden ab dem 1. November 2016 jeweils möglichst zeitnah zu kompensieren (Ziff. 2b). Die Besuchszeit vom 1. bis 8. Januar 2017 gelte als Kompensation von ausgefallenen (Wochenend- und/oder Ferien-)Besuchstagen im Jahr 2016, und nicht als erste Ferienwoche des Jahres 2017 (Ziff. 2c). Sodann ernannte die KESB einen neuen Beistand und erteilte ihm unter anderem den Auftrag, bei Streitigkeiten der Eltern zum Wochenend- und Ferienbesuchsrecht abschliessend zu entscheiden (Ziff. 6c). Gleichzeitig beschränkte sie gestützt auf Art. 308 Abs. 3 ZGB die elterliche Sorge von A._____ und B._____ bezüglich der Entscheidkompetenz in strittigen Punkten zum Wochenend- und Ferienbesuchsrecht (Ziff. 7).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz wies eine dagegen von A._____ erhobene Beschwerde am 27. September 2017 ab.

C.

Mit Beschwerde vom 3. November 2017 wendet sich A._____ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht. Sie verlangt im Wesentlichen die Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts und die Aufhebung der Dispositivziffern 2b, 2c, 6c und 7 des Beschlusses der KESB vom 21. Februar 2017. Eventualiter seien die Ziffern 1, 2b, 2c, 6c und 7 des Beschlusses aufzuheben und es sei den Parteien die Weisung zu erteilen, jeweils im 3. Quartal jeden Jahres eine Mediation zu besuchen, um den Jahresplan des nächsten Jahres festzulegen.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um aufschiebende Wirkung hat das Bundesgericht mit Verfügung vom 29. November 2017 abgewiesen. Es hat die kantonalen Akten beigezogen, jedoch keine Vernehmlassungen in der Sache eingeholt.

Erwägungen:

1.

1.1 Angefochten ist ein Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, den dieses als Rechtsmittelinstanz gefällt hat (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG) und der das Verfahren abschliesst (Art. 90 BGG). Gegenstand des Verfahrens ist eine Kindesschutzmassnahme und damit ein öffentlich-rechtlicher Entscheid, der in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG). Die Beschwerdeführerin war Partei im kantonalen Verfahren; sie ist in der Sache unterlegen und hat damit ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheids (Art. 76 Abs. 1 Bst. a und b BGG). Die Beschwerde ist rechtzeitig erfolgt (Art. 100 Abs. 1 BGG). Sie ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen grundsätzlich zulässig.

1.2 Soweit sich die Beschwerde gegen den Beschluss vom 21. Februar 2017 richtet, ist darauf nicht einzutreten, da Anfechtungsobjekt im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren allein der vorinstanzliche Entscheid bildet (BGE 142 I 155 E. 4.4.2 mit Hinweis).

2.

Zulässig sind rechtliche Vorbringen im Sinn von Art. 95 f. BGG. Das Bundesgericht befasst sich indes grundsätzlich nur mit formell aus-

reichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen). Sodann ist die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Wird eine Sachverhaltsfeststellung beanstandet, muss in der Beschwerdeschrift mit klar und detailliert erhobenen und soweit möglich belegten Rügen dargetan werden, inwiefern diese Feststellung offensichtlich unrichtig und damit willkürlich ist (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweis) und inwiefern die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 137 III 226 E. 4.2 mit Hinweisen). Die in der Beschwerdeschrift am von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt angebrachte Kritik genügt diesen Anforderungen nicht, sodass darauf nicht einzutreten ist.

3.

3.1 Im angefochtenen Entscheid wird eine pauschale Kompensation ausgefallener Besuchstage des Vaters angeordnet und dem Beistand das Recht eingeräumt, das Wochenend- und Ferienbesuchsrecht bei Uneinigkeit der Parteien verbindlich für diese festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Zudem wird die elterliche Sorge der Parteien bezüglich der Entscheidkompetenz in strittigen Punkten zum Wochenend- und Ferienbesuchsrecht eingeschränkt. Die Beschwerdeführerin hält demgegenüber die Voraussetzungen für eine Kompensation ausgefallener Besuchstage für nicht gegeben und widersetzt sich der Kompetenz des Beistandes, das Besuchsrecht verbindlich zu konkretisieren. Sie wünscht stattdessen die Anordnung einer Mediation zur Konkretisierung der Besuchsregelung jeweils im dritten Quartal eines jeden Jahres.

3.2 Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs nach Art. 273 ZGB gilt das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist (BGE 130 III 585 E. 2.1 mit Hinweisen). Obgleich das Besuchsrecht den Eltern um ihrer Persönlichkeit willen zusteht (BGE 142 III 502 E. 2.4.1 mit Hinweisen), haben ihre Interessen gegenüber jenen des Kindes zurückzustehen (BGE 142 III 617 E. 3.2.3; 130 III 585 E. 2.1; je mit Hinweisen). Entsprechend ist das Besuchsrecht seit der Revision von 1998 auch als gegenseitiger Anspruch von Eltern und Kindern konzipiert (Art. 273 Abs. 1 ZGB; Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des ZGB, BBl 1996 I 37 Ziff. 145.23, 158 Ziff. 244.1) und es handelt sich dabei um ein Pflichtrecht (BGE 142 III 1 E. 3.4 mit Hinweisen). Das steht im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107). Im Bereich der Kinderbelange gilt die *Offizialmaxime* (Art. 296 Abs. 3

ZPO). Dieser Grundsatz gilt auch, soweit die KESB kantonales Verfahrensrecht anzuwenden hat. Von daher kann für die Frage, ob ein nicht stattgefundenes Besuchsrecht nachgeholt werden kann und muss, gar nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob der besuchsberechtigte Elternteil oder der Inhaber der Obhut für die Nichtwahrnehmung verantwortlich war. Diesem Umstand kann nur – aber immerhin (vgl. Urteil 5C.146/2001 vom 26. Oktober 2001 E. 2a und d) – untergeordnete Bedeutung zukommen. Entscheidend ist in erster Linie, ob das Nachholen im Interesse des Kindes liegt oder nicht.

Entsprechend hält die Vorinstanz auch fest, dass der Anspruch und die Erfüllung des persönlichen Verkehrs nicht buchhalterisch auszugleichen seien, sondern ein angemessener Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gewährleistet werden müsse (angefochtenes Urteil, E. 3.1.4 S. 8 f.). Was angemessen ist, hat das Gericht im Einzelfall zu entscheiden. Es kommt dem Sachgericht bzw. der Sachbehörde diesbezüglich ein grosses Ermessen zu. Mit Blick auf die offenbar immer wieder vorgekommenen Ausfälle beim persönlichen Kontakt haben die kantonalen Instanzen es als angemessen angesehen, einen ausserordentlichen Kontakt im Januar 2017 festzulegen.

Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihrer Beschwerdeschrift mit keinem Wort zur Frage der Angemessenheit dieser Anordnung mit Blick auf das Kindesinteresse. Insofern setzt sie sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht rechtsgenügend auseinander. Auf ihre diesbezüglichen Vorbringen ist nicht einzutreten (vorne E. 2).

3.3 Namentlich wenn bezüglich des persönlichen Verkehrs zwischen den Eltern Konflikte bestehen, sollte die Regelung des Besuchsrechts zu einer gewissen Stabilität führen und damit auf Dauer angelegt sein (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Zweck ist eine lebendige Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern. Damit sind auch Anpassungen an unerwartete Ereignisse und kurzfristige Veränderungen im Alltag notwendig. Soll der persönliche Verkehr nicht zu einer Pflichtübung verkommen, bedarf es einer gewissen Flexibilität (PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 308 ZGB). Die KESB trägt in ihrem Beschluss diesem Anliegen damit Rechnung, dass sie dem Beistand das Recht einräumt, für die Umsetzung des dem Umfang nach im Scheidungsurteil und in ihrem Beschluss festgelegten persönlichen Kontakts konkrete Anordnungen zu treffen.

Die Rechtsgrundlage für eine solche Kompetenzzuweisung findet sich in Art. 308 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung kann die KESB zwar nicht die Regelung des Besuchsrechts an den Beistand delegieren. Sie kann ihm aber sehr wohl die Aufgabe übertragen, die Modalitäten der Durchführung für den einzelnen Besuch zu konkretisieren. Das kann auch die Festsetzung des konkreten Tages des Besuchs sowie die Verschiebung eines bereits festgesetzten Besuchszeitpunktes beinhalten, wenn eine solche Verschiebung auf Grund bestimmter neuer Umstände notwendig wird.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass ein Besuchsrecht sinnvollerweise einvernehmlich von den Eltern festgelegt werden sollte. Darin kann ihr nur vorbehaltlos zugestimmt werden. Allerdings verkennt sie das vorinstanzliche Urteil, wenn sie diesem etwas Anderes entnehmen will. Dieses bestätigt den Beschluss der KESB, gemäss dessen Ziffer 6c der Beistand dazu ermächtigt wird, "bei Streitigkeiten der Eltern zum Wochenend- und Ferienbesuchsrecht" abschliessend zu entscheiden. Seine Entscheidkompetenz besteht folglich nur, wenn und soweit sich die Parteien nicht einigen können. Einigen sich diese demgegenüber darüber, wie das Besuchsrecht wahrzunehmen ist, hat der Beistand keinerlei Entscheidkompetenz. Die von der Beschwerdeführerin geforderte Anordnung einer Zwangsmediation im jeweils dritten Quartal eines Jahres zur Konkretisierung des Wochenend- und Ferienbesuchsrechts könnte die konkreten Schwierigkeiten in keiner Weise lösen. Ein solches Vorgehen böte zum einen keine Regel für den Fall, dass zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt, und zum andern bestünde keine Lösung für kurzfristige Änderungsbedürfnisse während des Jahres. Die einseitige Blockademöglichkeit der Mutter bei Uneinigkeit der Eltern wäre damit nicht beseitigt. Bei Uneinigkeit müsste dann der Vater unter Umständen ein erheblich schwerfälligeres Verfahren bei der KESB einleiten.

Die von der KESB getroffene und vom Verwaltungsgericht bestätigte Regelung stellt demgegenüber eine angemessene Lösung für die durch die Schwierigkeiten zwischen den Parteien entstandenen Probleme dar. Mit der Kompetenz des Beistandes, das Besuchsrecht bei Uneinigkeit der Parteien verbindlich zu konkretisieren, kann bei Streitigkeiten innert nützlicher Frist eine Lösung getroffen werden. Das Kindeswohl gebietet im Bereich des persönlichen Verkehrs rasche Entscheidungen. Entsprechend müssen auch einfache Verfahren vorgesehen werden und es soll eine klare Kompetenzzuweisung erfolgen.

Die Befürchtungen der Beschwerdeführerin, dem Beistand rechtsschutzlos ausgesetzt zu sein und kein Rechtsmittel gegen seine Anordnung zu haben, sind nicht nachvollziehbar. Gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands und damit auch gegen seine Anordnungen bezüglich des persönlichen Verkehrs kann jede betroffene Person die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anrufen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 419 ZGB). Der Entscheid der KESB kann sodann beim zuständigen Gericht angefochten werden (Art. 450 Abs. 1 ZGB). Auch wenn die KESB nicht entscheidet, steht der Weg ans Gericht offen (Art. 450a Abs. 2 ZGB). Gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ist schliesslich die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG ans Bundesgericht gegeben. Ist die Beschwerdeführerin mit einer Anordnung des Beistandes zum Besuchsrecht nicht einverstanden, steht ihr somit der ganze Rechtsschutz bis und mit Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung.

Die Anordnung ist offensichtlich auch verhältnismässig. Dass es im Zusammenhang mit dem persönlichen Verkehr zu Schwierigkeiten gekommen ist, wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten. Dass es solche gibt, zeigt auch das vorliegende Beschwerdeverfahren. Ein klares und zu verbindlichen Entscheiden führendes Verfahren festzusetzen, ist zielführend und kann weitere Prozesse sowie die Notwendigkeit erneuter behördlicher Eingriffe vermeiden. Die Anordnung einer Zwangsmediation würde ihrerseits einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Parteien darstellen, indem diese an einem Verfahren mit direkten persönlichen Begegnungen teilnehmen müssten. Das Pflichtrecht bezieht sich vorliegend aber auf persönliche Kontakte zwischen dem Vater und dem Kind, nicht zwischen dem Vater und der Mutter. Von daher erweist sich die Anordnung der KESB sehr wohl als verhältnismässig.

3.4 Die Beschränkung der elterlichen Sorge stellt schliesslich die rechtliche Folge der Übertragung der Entscheidbefugnis an den Beistand dar. Sind sich die Eltern bezüglich des persönlichen Verkehrs nicht einig und bestehen noch keine Anordnungen, so kann dieser nicht gegen den Willen der Person ausgeübt werden, welcher die Obhut zusteht (Art. 275 Abs. 3 ZGB). Ob dies auch dann gilt, wenn zwar über den Anspruch als solcher entschieden worden ist, die Regelung aber zu wenig konkret ist, um tatsächlich ausgeübt zu werden, kann hier offenbleiben. Es ist jedenfalls sinnvoll, festzuhalten, dass das diesbezügliche Entscheidungsrecht bei Uneinigkeit zwischen den Inhabern der elterlichen Sorge nicht mehr bei diesen liegt, sondern eben beim dafür zuständigen Beistand. Beide Eltern haben sich dann in diesem

Punkt nach dem Entscheid des Beistandes zu richten und seine Anordnung zu befolgen. Insoweit wird ihre elterliche Sorge durch den Entscheid notwendigerweise beschränkt. Dies hält die KESB in ihrem Dispositiv zu Recht fest und sie schafft damit Rechtsklarheit.

Um dies festzuhalten, bedarf es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch keinerlei weiterer Voraussetzungen. Betreffen autoritativ angeordnete Kindesschutzmassnahmen direkt Betreuungshandlungen bezüglich des Kindes, ist damit notwendigerweise eine Einschränkung der elterlichen Sorge verbunden, weil die Eltern sich an die angeordnete Massnahme halten müssen und insoweit nichts Abweichendes bezüglich des Kindes entscheiden können. Ist die Anordnung inhaltlich angebracht und verhältnismässig, gilt dies auch für die entsprechende Beschränkung der elterlichen Sorge. Auch in diesem Punkt kann der Beschwerde folglich kein Erfolg beschieden sein.

4.

Da die Beschwerdeführerin weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht gegen den angefochtenen Entscheid aufkommt, erübrigt sich eine Rückweisung des Verfahrens an das Verwaltungsgericht bzw. die KESB. Der entsprechende Eventual- bzw. Subeventualantrag der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

5.

Die Beschwerde erweist sich insgesamt als nicht begründet. Demnach hat die Beschwerdeführerin die Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). In der Sache selber sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden. Der Beschwerdegegner musste sich aber zum Gesuch um aufschiebende Wirkung vernehmen lassen. Für den entsprechenden Aufwand ist er von der Beschwerdeführerin zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Seine Prozessvertreterin hat eine Kostennote für ihre Bemühungen über Fr. 2'278.85 eingereicht. Allerdings hat sie in ihrer Eingabe unaufgefordert auch materiell zur Beschwerde Stellung genommen. Insoweit war der Aufwand unnötig und es rechtfertigt sich eine entsprechende Reduktion.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Innerschwyz und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Kammer III, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 21. August 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

von Werdt

Gutzwiller