Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 764/2013

Urteil vom 20. Januar 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi und Schöbi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt André Gräni,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Jörg Zumstein,
Beschwerdegegnerin,

A._____,
B._____.

Gegenstand
Summarisches Verfahren betreffend Vollstreckung (Besuchsrecht),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer,
vom 2. September 2013.

Sachverhalt:

A.
X._____ und Y._____ haben die beiden gemeinsamen Kinder A._____ (Jahrgang 2000) und B._____ (Jahrgang 2001). Mit Eheschutzentscheid vom 30. Mai / 17. Juni 2011 stellte das Bezirksgericht Aarau die beiden Kinder unter die Obhut der Mutter, unter Einräumung eines Besuchsrechts des Vaters an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 20 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, und eines Ferienrechts von drei Wochen pro Jahr.

B.
Am 12. März 2012 stellte der Vater beim Bezirksgericht Aarau ein Vollstreckungsgesuch, u.a. mit den Begehren, die Mutter sei unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, ihm die beiden Kinder an den im Eheschutzentscheid festgelegten Besuchsrechtstagen bzw. -wochenenden zu den dort festgehaltenen Tageszeiten sowie zur Verbringung der Ferien zu übergeben (Ziff. 2) und er sei im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht und als Mitinhaber der elterlichen Sorge richterlich zu ermächtigen, für die beiden Kinder ohne Zustimmung der Mutter beim Passbüro Pässe zu bestellen, und die Mutter sei unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, ihm die Reisepässe der Kinder während der Dauer der Besuchsrechtsausübung zu überlassen, eventualiter sei sie unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, die schriftliche Zustimmung zur Bestellung der Reisepässe durch ihn abzugeben und ihm die Reisepässe der Kinder während der Dauer der Besuchsrechtsausübung zu überlassen.

Mit Entscheid vom 1. Februar 2013 wies das Bezirksgericht Aarau das Vollstreckungsgesuch ab.

Mit Entscheid vom 2. September 2013 wies das Obergericht des Kantons Aargau die vom Vater erhobene Beschwerde ebenso wie dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab.

C.
Gegen diesen Entscheid hat X._____ am 9. Oktober 2013 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Er verlangt dessen Aufhebung und stellt die Begehren wie im kantonalen Verfahren (Übergabe der Kinder gemäss Eheschutzentscheid unter Strafandrohung; Ermächtigung zur Bestellung von Pässen bzw. Verpflichtung der Ehefrau zu deren Aushändigung während der Besuchsrechtsausübung unter Strafandrohung; eventualiter Verpflichtung zur Zustimmung zur Passausstellung unter Strafandrohung). Ferner verlangt er für das ober- wie für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
Der angefochtene Entscheid erging in einem Verfahren zur Vollstreckung eines Urteils in Zivilsachen. Solche Entscheide unterliegen gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG; Urteil 4A 31/2008 vom 6. März 2008 E. 1). Besuchsrechte sind nicht vermögensrechtlicher Natur, weshalb keine Streitwerterfordernisse gelten. Die Beschwerde ist somit zulässig.

Inhaltlich können die Beschwerdegründe gemäss Art. 95 f. BGG vorgebracht werden, also in rechtlicher Hinsicht namentlich, das aufgrund von Art. 309 lit. a i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO für die Behandlung der kantonalen Beschwerde zuständige Obergericht habe die Tragweite von Art. 320 und 343 ZPO verkannt. Hinsichtlich des Sachverhaltes ist das Bundesgericht an die obergerichtlichen Feststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG); diesbezüglich kann einzig eine offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden, wofür das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252 und E. 1.4.2 S. 255).

2.
Das erste Rechtsbegehren des Beschwerdeführers geht dahin, dass die im Eheschutzentscheid getroffene Besuchsrechtsregelung durch eine Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu vollstrecken sei.

2.1. Besuchsrechte sind einer Zwangsvollstreckung grundsätzlich zugänglich (statt vieler: KELLERHALS, in: Berner Kommentar, N. 100 zu Art. 343 ZPO). Vorliegend geht es nicht um eine direkte Realvollstreckung, auf welche nach heutiger Auffassung jedenfalls bei urteilsfähigen Kindern zu verzichten ist (vgl. BGE 107 II 301 E. 5 S. 303; Urteil 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1), sondern um die indirekte Zwangsvollstreckung durch Strafandrohung gemäss Art. 292 Abs. 1 lit. a ZPO, wie sie in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO als Vollstreckungsmassnahme bei einer Verpflichtung zu einem Tun ausdrücklich vorgesehen ist, wobei es auch zulässig wäre, die Strafbewehrung direkt in der materiellen Besuchsrechtsregelung aufzunehmen (vgl. BGE 127 IV 119 E. 2b S. 122 oben).

Bei der Durchsetzung von Besuchsrechten geniesst der Vollstreckungsrichter ein erhebliches Ermessen (MEIER, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, in: AJP 2008, S. 88). Die Strafandrohung als Vollstreckungsmassnahme steht dann zur Diskussion, wenn der andere Elternteil sich der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise widersetzt (vgl. BGE 107 II 301 E. 5 S. 304).

2.2. Das Obergericht hat auf die Begründung des Bezirksgerichts hingewiesen, wonach die getroffene Regelung nicht ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände und die Bedürfnisse der Betroffenen wie Feiertage, Klassenlager, Ferienpläne, etc. durchgeführt werden könne. Sodann hat es erwogen, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht um eine buchhalterische Ausgleichung ausgefallener Besuche, sondern darum gehe, einen angemessenen Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind zu gewährleisten (Urteil 5A 381/2010 vom 21. Juli 2010 E. 5.4.2 m.w.H.). Der Beschwerdeführer bestreite aber nicht, dass ihm die Beklagte ein Besuchs- und Ferienrecht einräume, das umfangmässig der gerichtlichen Regelung im Eheschutzentscheid entspreche. Vor diesem und dem weiteren Hintergrund, dass das Obergericht bereits im Rahmen des

Eheschutzentscheides darauf hingewiesen habe, dass angesichts der Reibereien zwischen den Parteien das Besuchs- und Ferienrecht im Zusammenhang mit Festtagen flexibel zu handhaben sei, habe das Bezirksgericht zu Recht von der Androhung der Ungehorsamkeitsstrafe nach Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme abgesehen.

2.3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vor beiden Instanzen geltend gemacht, dass ihm das Besuchs- und Ferienrecht nicht in der vollen Dauer gewährt worden sei, weshalb die obergerichtliche Feststellung, er habe nicht bestritten, dass das ihm tatsächlich ermöglichte Besuchsrecht umfangmässig der gerichtlichen Regelung entspreche, willkürlich sei.

Pauschale Verweise auf die kantonalen Rechtsschriften sind bereits unter dem Blickwinkel der allgemeinen Begründungsanforderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ungenügend (BGE 133 II 396 E. 3.2 S. 400). Erst recht vermögen sie nicht den erhöhten Substanziierungsanforderungen von Willkürrügen im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen; der exakte Verweis auf die betreffenden Aktenstellen ist hier unerlässlich (vgl. Urteile 6B 442/2011 27. Juli 2012 E. 2.2; 5P.14/2004 vom 23. Februar 2004 E. 4.6).

Mangels tauglicher Substanziierung hat es somit bei der obergerichtlichen Feststellung zu bleiben, wonach der Beschwerdeführer nicht bestritten hat, dass ihm das Besuchsrecht im vorgesehenen Umfang gewährt worden ist. Im Übrigen lässt sich dem angefochtenen Entscheid entnehmen, dass der Beschwerdeführer geltend gemacht hatte, die Kinder insbesondere vom 2. bis 28. April und vom 23. Juli bis 18. August 2012 nicht gesehen zu haben. Es geht also um zwei ausgefallene bzw. verschobene Besuchswochenenden, wobei dies für den April mit den Ostern und für den Juli/August mit der Ferienzeit zusammenhängen dürfte. Es ist somit nicht erstellt, dass die Mutter den Rhythmus "nach Lust und Laune" handhaben würde, wie der Beschwerdeführer bereits im kantonalen Verfahren vorbrachte, und insbesondere ist im angefochtenen Entscheid keine grundsätzliche Verweigerungshaltung der Mutter festgestellt.

Bei dieser Sachverhaltslage ist eine Strafandrohung nicht opportun und hat das Obergericht nicht gegen Bundesrecht verstossen, wenn es von einer solchen abgesehen hat, denn entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers besteht kein grundsätzlicher Anspruch auf Strafandrohung.

3.
Das zweite Rechtsbegehren des Beschwerdeführers dreht sich um die Ausstellung von Reisepässen. Diesbezüglich finden sich im Eheschutzentscheid weder Anordnungen noch Erwägungen. Das betreffende Vollstreckungsbegehren kann deshalb nicht im Dienste der Umsetzung des Eheschutzentscheides stehen, zumal jedenfalls im vorliegenden Fall die Ausstellung von Reisepässen für die Ausübung des Besuchsrechts, welches einen regelmässigen Kontakt zwischen nicht obhutsberechtigtem Elternteil und Kind ermöglichen soll, entbehrlich ist: Beide Elternteile wie auch die Kinder wohnen in der Schweiz und nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid sind die Kinder anlässlich der Ausübung des Besuchsrechts jeweils im Besitz ihrer Identitätskarten, was einen Ferienradius innerhalb des Schengenraumes ermöglicht. Wenn der Beschwerdeführer diesbezüglich geltend macht, die Rechtsausübung sei örtlich nicht begrenzt, verkennt er, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht grundsätzlich dem obhutsberechtigten Elternteil zusteht (BGE 136 III 353 E. 3.2 S. 356).

4.
Im Zusammenhang mit der für das kantonale Beschwerdeverfahren wegen fehlender prozessualer Bedürftigkeit verweigerten unentgeltlichen Rechtspflege werden sowohl mit Bezug auf den (vom Obergericht mit Fr. 5'170.-- berechneten und vom Beschwerdeführer mit Fr. 17'295.75 bezifferten) Bedarf als auch hinsichtlich des (vom Obergericht auf durchschnittlich Fr. 12'785.-- berechneten und vom Beschwerdeführer mit "Fr. 9'155.-- vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit" angegebenen) Einkommens eine Vielzahl von Willkürrügen erhoben.

Willkür liegt nicht bereits dann vor, wenn der angefochtene Entscheid sich nur in der Begründung als unhaltbar erweisen sollte; eine Aufhebung rechtfertigt sich vielmehr erst dann, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 137 I 1 E. 2.4 S. 5). Angesichts der vorstehenden Erwägungen, welche die Beschwerde als offensichtlich von Anfang an aussichtslos erscheinen lassen, hätte das Obergericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ebenso gut gestützt auf Art. 117 lit. b ZPO statt in Anwendung von Art. 117 lit. a ZPO abweisen können. Eine Prüfung der Willkürrügen im Zusammenhang mit der Feststellung der prozessualen Bedürftigkeit erübrigt sich deshalb, weil das Gesuch ohnehin auch aus materiellen Gründen abzuweisen gewesen

wäre.

5.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann, und dass zufolge ihrer Aussichtslosigkeit auch das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, den Kindern A._____ und B._____ sowie dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Januar 2014
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli