



Fall-Nr.: FO.2022.19-K2
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum: 04.06.2024
Entscheiddatum: 18.03.2024

Entscheid Kantonsgericht, 18.03.2024

Art. 273 und Art. 276 ZGB: Aufhebung des Kontaktrechts eines Vaters zu seinen Söhnen: Der Vater wohnt in Deutschland, es fanden seit 2013 sehr wenige Kontakte statt und die Söhne lehnen jeglichen Kontakt ab, da sie sich von ihm massiv verletzt fühlen (Erinnerungen an Gewalt, Desinteresse des Vaters am Kontakt; E. III.1 ff.). Als Folge: Aufhebung Besuchsrechtsbeistandschaft (E. III.3). Abweisung Unterhaltserhöhung, da höhere Einkommensmöglichkeit des Vaters nicht nachgewiesen ist (III.4).

Entscheid siehe PDF



Kantonsgericht St. Gallen

II. Zivilkammer

Entscheid vom 18. März 2024

Geschäftsnr. FO.2022.19-K2 / ZV.2022.87-K2 (IN.2021.75-[...])

Verfahrens-
beteiligte

A.,

**Klägerin,
Berufungsklägerin,**

vertreten von Rechtsanwalt E.,

und

B., [wohnhaft in Deutschland],

**Beklagter,
Berufungsbeklagter,**

Gegenstand

Scheidungsfolgen



Erwägungen

I.

1. A. (Ehefrau, Klägerin, Berufungsklägerin), und B. (Ehemann, Beklagter, Berufungsbeklagter), heirateten am DD.MM.2006. Sie sind Eltern von C., geb. 2009, und von D., geb. 2010. Der Ehemann musste die Schweiz im Jahr 2013 verlassen. In den Folgejahren kam er nicht in die Schweiz, da er mit einer Einreisesperre belegt worden war. Ein im Jahr 2017 gestelltes Gesuch um Familiennachzug für den Ehemann wies das Migrationsamt des Kantons St. Gallen ab (vi-act. 30).

2. Am DD.MM.2021 reichte die Ehefrau die Scheidungsklage ein. Während der Ehemann sich vorerst nicht am Verfahren beteiligte, war er an der Hauptverhandlung vom DD.MM.2022 anwesend. Am gleichen Tag erliess die Vorinstanz folgende(n) Entscheidung(en) (IN.2021.75-[...]):

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Die Kinder C., geb. DD.MM.2009, und D., geb. DD.MM.2010, werden unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt. Die Kinder wohnen bei der Mutter.

Die Mutter benachrichtigt den Vater über besondere Ereignisse im Leben der Kinder und vor Entscheidungen, die für die Entwicklung der Kinder wichtig sind. Der Vater kann bei Drittpersonen, die an der Betreuung der Kinder beteiligt sind, wie Lehrkräfte, Ärzte, usw. in gleicher Weise wie die Inhaberin der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung der Kinder einholen.
3. Es wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Überwachung des Besuchsrechts angeordnet.
4. Dem Vater wird ein Besuchsrecht von einem Sonntag im Monat von 10.00 Uhr bis 16.00 Uhr eingeräumt. Dieses Besuchsrecht ist während drei Monaten begleitet auszuüben. Die Organisation des Besuchsrechts wird dem Beistand übertragen.

Nach Ablauf von drei Monaten ist das Besuchsrecht unbegleitet auszuüben, sofern die begleiteten Besuche gut abgelaufen sind.

Im Übrigen wird dem Vater ein Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr eingeräumt. Dieses Ferienrecht kann erst stattfinden, wenn unbegleitete Sonntagsbesuche stattfinden.
4. Der Vater wird verpflichtet, an den Unterhalt der Kinder monatlich und im Voraus je Fr. 210.00 zuzüglich allfällige Kinder- und Ausbildungszulage zu bezahlen. Dies bis zur Mündigkeit bzw. über diese hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung. Entfällt die Unterhaltspflicht für ein Kind, erhöht sich die Unterhaltspflicht gegenüber dem noch unterhaltsberechtigten Kind auf Fr. 420.00.

Es können zugunsten der Kinder keine zur Deckung des gebührenden Unterhalts ausreichenden Beiträge festgesetzt werden. Die Unterdeckung beträgt derzeit monatlich:



- für C.: Fr. 500.00 Unterdeckung Barunterhalt, Fr. 1'242.00 Unterdeckung Betreuungsunterhalt
 - für D.: Fr. 500.00 Unterdeckung Barunterhalt, Fr. 1'242.00 Unterdeckung Betreuungsunterhalt
5. Von einem Unterhaltsbeitrag zugunsten der Klägerin wird abgesehen.
 6. Dieser Regelung liegen folgende finanziellen Verhältnisse zugrunde:
 - Beklagter: monatliches hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 1'810.00 (inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Kinder- oder Ausbildungszulagen), monatlicher hypothetischer Bedarf von Fr. 1'386.00, kein Vermögen
 - Klägerin: kein Einkommen, monatlicher Bedarf von Fr. 2'483.65, kein Vermögen
 - C.: monatliches Nettoeinkommen von Fr. 230.00, monatlicher Bedarf von Fr. 940.15, kein Vermögen
 - D.: monatliches Nettoeinkommen von Fr. 230.00, monatlicher Bedarf von Fr. 940.15, kein Vermögen
 7. Die Unterhaltsbeiträge und Einkommensgrenzen gemäss Ziffer 4 beruhen auf dem Stand des Landesindex der Konsumentenpreise von 101.7 Punkten (Stand Januar 2022; Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Sie erfahren eine Anpassung um 5% der ursprünglichen Beträge, sobald sich der Indexstand um 5.1 Punkte geändert hat.

(Der Stand des Schweizerischen Landesindex der Konsumentenpreise kann unter www.bfs.admin.ch abgerufen werden.)
 8. Es wird festgestellt, dass die Parteien per Saldo aller Ansprüche gütterrechtlich auseinandergesetzt sind.
 9. Von einer Aufteilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge der Ehegatten wird abgesehen.
 10. Die Erziehungsgutschriften aus AHV/IV werden ab Rechtskraft des Scheidungsurteils im ganzen Umfang der Mutter angerechnet.

Wenn sich die Betreuungssituation ändert, können die Eltern eine neue Vereinbarung über die Anrechnung der Gutschriften abschliessen.

Die Ehegatten bewahren das Scheidungsurteil auf und orientieren die zuständige AHV-Ausgleichskasse bei der Pensionierung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften. Zudem stellen sie nach der Scheidung einen Antrag auf Teilung des Einkommens (AHV-Splitting).
 11. Die Gerichtskosten von Fr. 1'800.00 bezahlen die Parteien je zur Hälfte. Beide Kostenanteile trägt zufolge unentgeltlicher Rechtspflege vorerst der Staat.

Jeder Ehegatte trägt die eigenen Parteikosten.
 12. Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter der Ehefrau, RA E., mit Fr. 4'615.45.

3. Mit Berufung vom DD.MM.2022 stellt die Ehefrau folgende Anträge (FO/1, S. 3, nachfolgend "Berufung"):

1. Es sei der Entscheid des Kreisgerichts X. vom DD.MM.2022 in den Ziffern 4, 4 (richtig: 5.) und 6. (korrekt: 7.) aufzuheben;
2. Es sei dem Berufungsbeklagten für die gemeinsamen Kinder kein Besuchsrecht zu gewähren;



3. Eventualiter sei dem Berufungsbeklagten für die gemeinsamen Kinder ein begleitetes Besuchsrecht von maximal 3h an einem Sonntag pro Monat für unbestimmte Zeit zu gewähren, wobei die Beistandsperson frühestens nach 6 Monaten das Besuchsrecht in ein unbegleitetes Besuchsrecht umwandeln sowie das Besuchsrecht erweitern kann;
4. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin an die Kosten des Unterhalts der beiden Kinder monatlich und monatlich im Voraus einen Betrag von je mind. Fr. 435.00 pro Kind zuzüglich allfälliger Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen;
5. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der unterzeichnende Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen und angemessen, gemäss noch einzureichender Kostennote, zu entschädigen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. Barauslagen und MWSt zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Am DD.MM.2022 forderte der verfahrensleitende Richter den Ehemann auf, die Berufungsantwort innert 30 Tagen einzureichen. Überdies wurde der Ehemann aufgefordert, innert gleicher Frist ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, ansonsten künftige Zustellungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt bzw. auf der kantonalen Publikationsplattform erfolgten (FO/7). Diese Aufforderungen wurden dem Ehemann am DD.MM.2022 (FO/9 und 10) auf dem Rechtshilfeweg korrekt zugestellt. Innert Frist ging weder eine Berufungsantwort noch eine Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz ein. Am DD.MM.2024 hörte der Präsident der II. Zivilkammer die Kinder C. und D. an. Auf die Zustellung der Anhörungsnotiz erklärte die Ehefrau ihren Eventualantrag für "hinfällig" und reichte die Kostennote ein. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (FO/1). Die Berufungsklägerin ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts zuständig. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzutreten.
2. Gemäss BGer 5A_90/2017 bestimmt sich der Streitgegenstand im Berufungsverfahren nach den in der Berufung und (gegebenenfalls) der Anschlussberufung gestellten Anträgen. Nach diesem Entscheid ist es den Parteien auch bei Geltung der Officialmaxime unbenommen, den Streitgegenstand im Berufungsverfahren einzuschränken. "Ent-



sprechend erwächst der angefochtene Entscheid nach Art. 315 Abs. 1 ZPO (im Umkehrschluss) in Rechtskraft und wird vollstreckbar, soweit er nicht angefochten wird" (vgl. BGer 5A_438/2012 E. 2.4; BK-STERCHI, 2012, Art. 308 ZPO N 3). Der Grundsatz, wonach es in der Disposition der Parteien steht, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, gilt nach der Rechtsprechung auch im Geltungsbereich der Officialmaxime (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.5.3). Auch wenn das Berufungsgericht über die Festlegung des Kindesunterhalts ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO; BGer 5A_288/2019 E. 5.4 m.H), kann es hierbei folglich nicht über den durch die Parteianträge festgelegten Streitgegenstand hinausgehen (BGer 5A_90/2017 E. 11.2; BGer 5A_420/2016 E. 2.2). Die unangefochtenen Dispositivziffern 1 (Ehescheidung), 2 (elterliche Sorge), 3 (Beistandschaft), 5 (richtig: 6, nahehelicher Unterhalt), 7 (richtig: 8, Indexierung), 8 (richtig: 9, güterrechtliche Auseinandersetzung) 9 (richtig: 10, Vorsorgeteilung), 10 (richtig: 11, Zuteilung der Erziehungsgutschriften), 11 (richtig: 12, Kosten) und 12 (richtig: 13, Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters) stehen damit nicht weiter zur Disposition und sind rechtskräftig seit dem 24. September 2022.

3. Vorliegend geht es ausschliesslich um Kinderbelange (vgl. E. II.2 hiervor). Für diese gelten der Official- und der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht ist demnach nicht an die Anträge der Parteien gebunden und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest bzw. nimmt Beweiserhebungen auch ohne entsprechenden Parteiantrag vor (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Praxisgemäss kommen diese Grundsätze im Rechtsmittelverfahren ebenfalls zur Anwendung, mit der Konsequenz, dass die in Art. 317 ZPO vorgesehene Novenbeschränkung nicht zu beachten ist und das Gericht alle bis zur Urteilsberatung bekannten Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt (analog Art. 229 Abs. 3 ZPO; BGE 147 III 301 E. 2.2; 144 III 349 E. 4.2.1 = Pra 2019 Nr. 88), unabhängig davon, ob diese vor oder nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens eingetreten sind (BGE 148 III 95 E. 4.3 ff.). Auch bei Geltung des umfassenden Untersuchungsgrundsatzes haben die Parteien indes rechtsgenügeliche Behauptungen vorzubringen und sind nicht von ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht entbunden. Faktisch begrenzt wird die Untersuchungsmaxime überdies durch die Pflicht der Parteien, ihre Eingaben zu begründen (BGer 5A_1037/2019 E. 2.5; 5A_141/2014 E. 3.4). Aufgrund der Officialmaxime kann im Übrigen eine Abweichung vom angefochtenen Entscheid – im Rahmen des Streitgegenstandes – auch zu Ungunsten der rechtsmittelführenden Partei erfolgen (vgl. BGer 5A_420/2016 E. 2.2).



III.

Aufhebung des Kontaktrechts

1. Mit den Rechtsbegehren 2 und 3 ihrer Berufung beantragt die Mutter, das Kontaktrecht des Vaters mit C. und D. sei aufzuheben (Rechtsbegehren Ziff. 2), eventualiter einzuschränken auf ein begleitetes Besuchsrecht während sechs Monaten und anschliessend ein unbegleitetes, jeweils während maximal drei Stunden (Rechtsbegehren Ziff. 3). Mit ihrer Eingabe vom DD.MM.2024 erklärte sie den Eventualantrag für "hinfällig" (FO/16).

a) Die Vorinstanz ging bei der Regelung des Kontaktrechts von der Feststellung aus, dass die Familie seit der Ausweisung des Vaters im Jahr 2013 kein eigentliches Zusammenleben mehr gepflegt habe. Angesichts der sporadischen Besuche des Vaters ab dem Jahr 2018 (letztmals im Winter 2021) sprach sie indessen nicht gerade von einem definitiven Abbruch des Kontakts. Die Vorinstanz würdigte zwar, dass der Vater die Kinder in der Vergangenheit vereinzelt geschlagen habe. Sie befand indessen, dass diese Schläge nicht ein Ausmass erreichten, dass von einer eigentlichen Kindsmisshandlung gesprochen werden könnte und deshalb die Kontakte abgebrochen werden müssten. Schliesslich wollte die Vorinstanz die Enttäuschung der Kinder über das Verhalten des Vaters gegenüber der Mutter bzw. die Aufnahme einer Beziehung zu einer anderen Frau nicht wesentlich berücksichtigen, da dies doch die Beziehung zwischen den Eltern und nicht zwischen dem Vater und den Kindern beträfe. Als weitere Kriterien berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Vater knapp 600 km entfernt von den Kindern wohne. Über engere Kontakte in der Schweiz verfüge er nicht, ansonsten er eine Zustelladresse in der Schweiz hätte bezeichnen können. Auch über ein hinreichendes Einkommen verfüge er nicht, dass er sich für die Ausübung des Kontaktrechts ein Hotelzimmer nehmen könnte. Insofern komme lediglich ein eingeschränktes Kontaktrecht an einem Tag in Frage. Deshalb räumte die Vorinstanz dem Vater ein Besuchsrecht von einem Sonntag im Monat von 10.00 Uhr bis 16.00 Uhr ein. Dieses Besuchsrecht sei aufgrund der Abwehrhaltung der Söhne zunächst während drei Monaten begleitet auszuüben. Damit solle sichergestellt werden, dass die Vater-Kind-Beziehung ausserhalb des Elternkonflikts wiederaufgebaut werden könnte. Danach habe es – bei gutem Verlauf der begleiteten Besuchstage – wieder unbegleitet stattzufinden. Schliesslich räumte die Vorinstanz dem Vater ab dem Zeitpunkt, in dem unbegleitete Besuche stattfinden, ein gerichtsübliches Ferienrecht von zwei Wochen pro Jahr ein (vi-Entscheid, S. 7 f.).



b) Die Mutter rügt mit ihrer Berufung, es sei offensichtlich, dass die Beziehung zwischen D. und dem Vater aufgrund diverser Vorkommnisse sowie der Vernachlässigung durch den Vater in grober Weise zerstört sei. Überdies sei mehr als nur offensichtlich, dass die Beziehung zwischen C. und seinem Vater ebenfalls in ganz grobem Masse zerstört sei, wobei der Berufungsbeklagte dafür ausschliesslich verantwortlich sei. Sowohl in Bezug auf D. als auch in Bezug auf C. sei festzuhalten, dass auf Grund der Vernachlässigung der Kinder sowie der nicht geringen und häufigen häuslichen Gewalt die Vater-Kind-Beziehung vollends zerstört worden sei. Obwohl es sich beim Kontaktrecht um ein gegenseitiges Pflichtrecht handle, sei festzuhalten, dass dieses Recht nicht absolut bestehe. Angesichts der aktuell vollständig mangelnden Vater-Kind-Beziehung erscheine ein Besuchsrecht, auch ein eingeschränktes, nicht angemessen. Vielmehr liege es im jetzigen Zeitpunkt am Vater, sich um die Neugestaltung einer Beziehung zu seinen Kindern zu kümmern. Namentlich läge es am Vater, seinen Kindern aufzuzeigen, dass er sich für sie interessiere. D. habe anlässlich der vorinstanzlichen Kinderanhörung vom MM.DD.2022 ausgeführt, dass er seinen Vater nicht mehr sehen wolle. Beim letzten Besuch habe der Vater D. eine «Flättere» gegeben, weshalb er einen Tag lang Schmerzen gehabt habe. In den Ferien mit dem Vater und dem Grossvater in Mazedonien seien beide Kinder auch vom Grossvater geschlagen worden. Zudem sei der Vater jeweils den ganzen Tag ausser Haus gewesen. D. habe ausdrücklich erklärt, dass er am Vater nichts toll finde und er auch nichts habe, was er mit dem Vater gerne mache. Anlässlich des letzten Kurzbesuchs des Vaters habe D. seinem Vater gesagt, dass er weggehen solle und er nicht mehr sein Vater sei. C. habe am DD.MM.2022 ebenfalls erklärt, dass er wütend sei auf seinen Vater, da dieser nicht nur seine Mutter geschlagen habe, sondern auch Geld von ihr genommen und manchmal auch ihn und seinen Bruder geschlagen habe. In den Ferien in Mazedonien sei er und sein Bruder vom Grossvater geschlagen worden und der Vater sei jeweils erst am Morgen um 01.00 Uhr betrunken nach Hause gekommen. Im Weiteren habe C. erklärt, dass er am Vater nichts cool finde und ihn am Liebsten töten lassen würde. Explizit habe C. keinen Besuchskontakt zu seinem Vater gewünscht (Berufung, S. 6 ff.). Mit Stellungnahme zu den Protokollen der Kinderanhörung verwies die Mutter zudem auf die Aussage von D., wonach die Kinder bzw. zumindest D. mehrfach und sehr massiv geschlagen worden seien (FO/16).

c) Der Vater reichte keine Berufungsantwort ein.

2. a) Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster



Linie den Interessen des Kindes dient (BGE 127 III 295 E. 4a; 122 III 404 E. 3a). Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl (BGE 131 III 209 E. 5; vgl. auch BGE 141 III 328 E. 5.4). Die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2.1; 123 III 445 E. 3b). 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, kann ihnen das Recht auf diesen verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Eine Gefährdung des Kindeswohls liegt vor, wenn die ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung des Kindes durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGer 5A_875/2017 E. 3.3, in: FamPra.ch 2019 S. 243).

Was den vom Kind geäußerten Willen anbelangt, ist dieser eines von mehreren Kriterien beim Entscheid über den persönlichen Verkehr. Es steht zwar nicht im freien Belieben des Kindes, ob es persönliche Kontakte zum nicht obhutsberechtigten Elternteil pflegt oder nicht; mit zunehmendem Alter ist aber sein Wille stärker zu gewichten. Von der Fähigkeit zur autonomen Willensbildung ist ungefähr ab dem 12. Altersjahr auszugehen (BGer 5A_192/2021 E. 4.1; BGer 5A_23/2020 E. 4; BGer 5A_111/2019 E. 2.3; je mit Hinweisen).

Lehnt das Kind den Kontakt zu einem Elternteil ab, ist im Einzelfall zu prüfen, worin diese Haltung begründet liegt und ob die Ausübung des Besuchsrechts den Interessen des Kindes tatsächlich widerspricht. Dabei ist anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 mit Hinweisen; BGer 5A_745/2015 E. 3.2.2.2). Nur wo das urteilsfähige Kind den Umgang mit einem Elternteil aufgrund seiner Erfahrungen mit dem persönlichen Verkehr kategorisch verweigert, ist dieser Umgang 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 Persönlichkeitsschutz des Kindes (vgl. BGE 126 III 219 E. 2b; BGer 5A_56/2020 E. 4.1; BGer 5A_875/2017 E. 3.3, in: FamPra.ch 2019 S. 243; BGer 5A_459/2015 E. 6.2.2, in: Pra 2017 Nr. 19 S. 186; BGer 5C.250/2005 E. 3.2.1, in: FamPra.ch 2006 S. 751).

Bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs von Bedeutung ist auch ein langer Unterbruch des Kontakts zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elternteil. In dieser Situation kann etwa die Anordnung eines anfänglich (und damit vorübergehend)



eingeschränkten Besuchsrechts angezeigt sein, wenn dadurch eine behutsame Wiederannäherung sichergestellt werden soll (BGer 5A_875/2017 E. 3.3 in fine mit weiteren Hinweisen).

b) C. und D. werden in diesem Jahr 15- und 14-jährig und es ist davon auszugehen, dass sie beide bezüglich der Frage des Kontaktrechts als urteilsfähig im Sinne der hiervor (E. III.2.a) dargelegten Rechtsprechung gelten. Dies bestätigte auch das Gespräch anlässlich der Kinderanhörung vom DD.MM.2024. Sowohl C. als auch D. zeigten sich in der Lage, ihren Willen mit Argumenten zu begründen, die sie ihrer eigenen Erfahrung entnahmen. Während C. immerhin noch einige gute Erinnerungen an den Vater aus der Zeit hat, in der er ein Kleinkind war, vermag sich D. an gar keine positive Begebenheit mit dem Vater zu erinnern. Seit über zehn Jahren wohnt der Vater mittlerweile nicht mehr mit den Kindern zusammen. Beide Kinder erklären, dass sie während der Ferien in Mazedonien nicht nur vom Vater, sondern auch vom Grossvater ausgeübte Gewalt erlebt hätten. Sie erklären weiter, der Vater hätte mit ihnen nichts unternommen und er sei nach Mitternacht betrunken nach Hause zurückgekehrt (vi-act. 27, S. 1). Betrachtet man den Kurzaufenthalt des Vaters in der Schweiz anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom DD.MM.2022 und den Bericht von C. über seinen Kontakt mit dem Vater am Tag zuvor, ist zu sehen, dass der Vater keine vertraute Beziehung mit seinen Kindern mehr hat. Während er sich um D. offenbar gar nicht gekümmert hat, wollte er mit C. ohne dessen Einverständnis zu McDonald's essen gehen. Die Folge war, dass C. und sein Cousin sich weigerten, mit dem Vater die gekaufte Mahlzeit zu essen (FO/13, S. 2). Auch in der darauf folgenden Zeit bis heute ist für das Gericht nicht erkennbar, dass sich der Vater ernsthaft um die Kinder gekümmert hätte. Zwar hielt die Mutter C. an, dem Vater hin und wieder eine kurze Nachricht ("Wie geht es dir?") zu senden. Indessen scheint es dem Vater nicht gelungen zu sein, die Beziehung wieder aufzunehmen oder zu intensivieren. Immerhin fragte der Vater C., ob er ihn wieder einmal treffen wolle. Der Vater scheint sich aber mit der negativen Antwort des Sohns abgefunden zu haben (FO/12, S. 2).

Der Vater selber hat keine Berufungsantwort eingereicht und das Gericht vermag nicht zu erkennen, dass sich der Vater um die Kinder bemüht.

c) Ein Elternteil kümmert sich dann im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB nicht ernsthaft um das Kind, wenn er keinerlei Anteil an seinem Wohlergehen nimmt und nichts unternimmt, um eine lebendige Beziehung zum Kind aufrechtzuerhalten oder aufzubauen (vgl. BGer 5A_663/2012 E. 4.1; BGer 5C.69/2004; BGE 118 II 25 = Pra 1993, 365; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 7. Aufl., Art. 274 N 7). Dazu gehört auch der Fall, dass das Be-



suchsrecht über längere Zeit grundlos nicht ausgeübt wird (vgl. OGer ZH PQ140070 vom 6.2.2015 E. 2.2; ZivGer Tifers, 4.4.2002, FamPra.ch 2002, 611; HEGNAUER, ZVW 1993, S. 2 ff., 10). Das blosses Nichtbestehen einer Beziehung reicht indessen nicht dafür aus, einem Elternteil das Kontaktrecht zu einem Kind zu verweigern. Hier ist es aber zusätzlich so, dass sich die Kinder massiv vom Vater verletzt fühlen. Sie erinnern sich an Gewalt und Desinteresse des Vaters, was sie nicht verstehen. Beide erklären gegenwärtig vehement, den Vater nicht sehen zu wollen mit Begründungen, die dem eigenen Erfahrungshorizont entsprechen. Eine unzulässige Beeinflussung ist zu verneinen. Im Gegenteil scheint es so, dass die Mutter die Kinder dazu anhält, Kontakt mit dem Vater aufzunehmen. Indessen ist den Kindern nicht zuzumuten, immer wieder enttäuscht zu werden, wenn der Vater sich nicht um eine Beziehung mit seinen Kindern kümmert. Unter diesen Umständen bleibt nichts Anderes übrig, als das Kontaktrecht des Vaters aufzuheben.

Der Vater ist darauf hinzuweisen, dass er sich an die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) wenden kann und muss, wenn er ernsthaft gewillt ist, eine Beziehung mit seinen Kindern wieder aufzunehmen.

3. Für den Aufbau des Kontaktrechts erachtete die Vorinstanz mit zutreffenden Gründen die Errichtung einer Beistandschaft als angebracht. Nachdem mit dieser Entscheidung nun aber gar kein Kontaktrecht eingeräumt wird, erübrigt sich die Errichtung einer Beistandschaft. Die Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs wird deshalb von Amtes wegen aufgehoben.

Kinderunterhalt

4. In einem zweiten Punkt verlangt die Mutter vom Vater Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 435.00 pro Monat (zuzüglich allfälliger Kinder- bzw. Ausbildungszulagen). Dabei stellte sie den von der Vorinstanz berechneten Bedarf der Kinder nicht in Frage (Berufung, S. 9).

a) Die Vorinstanz ging in ihrer Entscheidung nicht vom kaum feststellbaren tatsächlichen Einkommen des Vaters, sondern von einem hypothetischen Einkommen aus. Sie erwog, dabei könne nicht einfach vom deutschen Durchschnittslohn über alle Berufe hinweg ausgegangen werden. Vielmehr sei abzuklären, welches Einkommen der Vater in etwa auf dem Bau erzielen könne. Er sei sowohl in der Schweiz als auch aktuell in Deutschland als ungelernter Eisenleger tätig gewesen bzw. sei dies immer noch. Gemäss den Angaben auf der Internetseite www.gehalt.de verdienen 25% der Bauarbeiter in Y. [Bundesland] unter € 2'525.00, 50% € 2'830.00 und 25% über € 3'184.00 (vgl. vi-act. 29.1). Die Vor-



instanz erwog weiter, nachdem der Beklagte nicht deutscher Staatsangehöriger sei und er auch die deutsche Sprache nicht vollständig beherrsche, seien seine Einkommensmöglichkeiten eher im Bereich der unteren 25% anzusiedeln. Unter Berücksichtigung seiner Erfahrung erscheine das aber als zu wenig. Ermessensweise werde daher von einem zumutbaren Bruttoeinkommen von € 2'670.00 ausgegangen. Davon seien rund 35 % für Sozialbeiträge etc. abzuziehen (vgl. vi-act. 32), was ein Nettoeinkommen von ca. € 1'735.50 ergebe. Umgerechnet in Schweizer Franken ergebe sich ein Nettoeinkommen von rund Fr. 1'810.00, welches dem Vater anzurechnen sei.

b) Die Mutter führt in ihrer Berufung auf der einen Seite aus, dass der Vater in einer anderen Branche eventuell ein höheres Einkommen verdienen könnte. Auf der anderen Seite macht sie geltend, es sei nicht der Durchschnittslohn für eine Arbeit in Y. [Bundesland], sondern für eine Arbeit in Z. [Stadt] zu veranschlagen. Der aktuelle Lebensstil des Vaters sei ein Indiz für ein höheres Einkommen. Überdies sei die Berufserfahrung zu berücksichtigen.

c) Bei der Schätzung eines für den Unterhaltspflichtigen erzielbaren Einkommens ist auf jeden Fall darauf zu achten, dass für den Betroffenen – wenn er konkrete Anstrengungen unternimmt – eine reale Möglichkeit zum Erreichen des angenommenen Einkommens vorhanden sein muss. Kann jemand aufgrund der konkreten Umstände ein theoretisch mögliches Einkommen nicht erzielen, darf er hierzu nicht verpflichtet werden. Dies hiesse, von ihm Unmögliches zu verlangen. Bei der Prüfung der Vorbringen der Mutter kann durchwegs nicht davon ausgegangen werden, dass bewiesen ist, dass der Vater das geforderte Einkommen wirklich erzielen kann. Es muss offenbleiben, wo genau der Vater eine Anstellung finden könnte, innerhalb oder ausserhalb von Z. [Stadt]. Auch der erzielbare Lohn kann nicht genau und mit genügender Sicherheit abgeschätzt werden. Die Mutter liefert keinerlei Anhaltspunkte dafür, wie hoch der Lohn im Fall einer Anstellung ausfallen könnte. Das gleiche gilt für den Lebensstil, den die Mutter als hoch betrachtet, ohne irgendein aussagekräftiges Merkmal nennen zu können. Unter diesen Umständen hat es beim von der Vorinstanz angenommenen Einkommen sein Bewenden, weshalb die Festsetzung der Unterhaltspflicht für die Kinder unverändert bleibt.



IV.

1. Der vorinstanzliche Kostenspruch ist nicht angefochten. Er ist rechtskräftig.

2. a) Die Berufungsklägerin beantragt für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und -verbeiständung. Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entscheidet das für die Hauptsache zuständige Gericht (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl., Art. 119 N 2 m.H.) im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO). In Kollegialgerichtsfällen ist dafür der verfahrensleitende Richter zuständig (Art. 17 Abs. 1 lit. c EG ZPO; vgl. auch Art. 47 Abs. 2 lit. a ZPO sowie BGE 131 I 113).

- b) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Bedürftigkeit i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO ist anzunehmen, wenn eine Partei im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung kein Einkommen erzielt, das mehr als den erweiterten Notbedarf deckt, und kein Vermögen besitzt, das über einen blossen Notgroschen hinausgeht (KGer SG FE.2017.4 vom 29. Mai 2017 E. 2 [www.publikationen.sg.ch]; vgl. BGer 4D_22/2014 E. 2.1; BGer 4D_19/2016 E. 4.1). Im Verfahren betreffend die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt zwar der Untersuchungsgrundsatz, doch hat die gesuchstellende Partei bei der Abklärung der finanziellen Verhältnisse mitzuwirken. Die Mitwirkungspflicht ist umfassend, ist der Gesuchsteller über seine wirtschaftliche Lage doch selber am besten orientiert (BGer 4A_227/2013 E. 2.1; KGer SG FE.2014.33 vom 5. Juni 2015 E. II/4 [www.publikationen.sg.ch]).

- c) Die Berufungsklägerin wird vom Sozialamt der Gemeinde P. unterstützt (vi-act. 23, Beilage 4). Das Vorliegen der Prozessarmut wird deshalb ohne Weiteres als gegeben betrachtet. Die Begehren der Berufungsklägerin waren überdies von vornherein nicht als aussichtslos zu bezeichnen. Die Erforderlichkeit der Vertretung durch einen Rechtsbeistand erweist sich angesichts der Komplexität der Sache ebenfalls als gegeben. Entsprechend ist das Gesuch um Gewährung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen. Es ist der Berufungsklägerin antragsgemäss Rechtsanwalt E. als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (Art. 117 und 118 Abs. 1 ZPO).

- 3.a) Grundsätzlich werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO), wobei sie in Familiensachen – auch im Berufungsverfahren – nach Ermessen verlegt werden können, sofern sich dies im Sinne der Verhältnismässigkeit rechtfertigt (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das Berufungsgericht



die Anträge der Berufungsklägerin betreffend das Kontaktrecht gutheisst, während es die Anträge betreffend den Unterhalt abweist. Unter diesen Umständen und unter Mitberücksichtigung der Tatsache, dass es in familienrechtlichen Streitigkeiten in den meisten Fällen zu vermeiden ist, von einem "Gewinner" oder "Verlierer" zu sprechen, werden die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Dies bedeutet, dass beide Parteien keinen Anspruch auf eine Parteikostenentschädigung haben.

4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Berufungsklägerin ist für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Das Honorar in Verfahren betreffend Ehescheidung beträgt pauschal Fr. 1'500.00 bis Fr. 10'000.00 (Art. 20 Abs. 1 lit. a HonO), im Rechtsmittelverfahren ist diese Pauschale im schriftlichen Verfahren auf 20 bis 50% zu kürzen (Art. 26 Abs. 1 lit. a HonO), wobei der unentgeltliche Rechtsvertreter mit vier Fünfteln davon entschädigt wird (Art. 31 Abs. 3 AnwG). Innerhalb des Pauschalrahmens wird das Honorar insbesondere nach der Art und dem Umfang der notwendigen Bemühungen sowie der Schwierigkeit des Falles festgelegt (Art. 19 HonO). Vorliegend reichte Rechtsanwalt E. eine verhältnismässig kurze Berufungsschrift mit begrenztem Streitthema ein. Gemäss der von Rechtsanwalt E. am DD.MM.2024 eingereichten Honorarnote wendete er für das Berufungsverfahren 9.75 Stunden auf, was einen Honoraranspruch von Fr. 2'207.55 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ergibt (FO/16, Beilage). Dies erscheint angemessen und wird so übernommen.

5. Die Berufungsklägerin wird darauf aufmerksam gemacht, dass der Staat die Gerichts- und Parteikosten nur vorläufig trägt, d.h., sie geltend machen wird, sobald die finanziellen Verhältnisse der Berufungsklägerin dies ermöglichen (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Rechtsanwalt E. wird darauf hingewiesen, dass er von seiner Klientin kein zusätzliches Honorar fordern darf (Art. 11^{bis} HonO).



Entscheid des verfahrensleitenden Richters betreffend unentgeltliche Rechtspflege:

A. wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung bewilligt und es wird ihr Rechtsanwalt E. als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

Entscheid der II. Zivilkammer:

1. Die Ziffer 4 des Entscheids des Kreisgerichts X. vom 1. März 2022 (IN.2021.75-[...]) wird aufgehoben und durch folgende Bestimmung ersetzt:

Der Vater hat kein Besuchs- oder Ferienrecht mit seinen Kindern C., geb. DD.MM.2009, und D., geb. DD.MM.2010.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'800.00 tragen A. und B. je zur Hälfte. Die Kostenhälfte von A. trägt zufolge des ihr eingeräumten Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege vorläufig der Staat.
4. Es werden keine Parteikostenentschädigungen zugesprochen.
5. Der Staat entschädigt Rechtsanwalt E. für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'207.55 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).