

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.176/2002 /bie

Urteil vom 8. November 2002
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Bianchi, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichterin Escher,
Gerichtsschreiber Schett.

A. _____, 6340 Baar, Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Neese,
Baarerstrasse 12, 6300 Zug,

gegen

B. _____, 8912 Obfelden, Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Wytenbach,
Uraniastrasse 18, Postfach, 8021 Zürich.

Besuchsrecht,

Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
des Kantons Zug, Verwaltungsrechtliche Kammer,
vom 4. Juni 2002.

Sachverhalt:

A.

C. _____, geboren 1992, ist die Tochter von B. _____ und A. _____. Das Kind wurde nach der Scheidung der Mutter geboren und vom Vater anerkannt. Am 12. November 1996 wurde der Mutter die elterliche Sorge über ihre Tochter entzogen und dem Vater übertragen. Der Gemeinderat Baar gewährte mit Beschluss vom 14. Mai 1997 der Mutter ein begleitetes Besuchsrecht von zwei bis drei Stunden alle vier Wochen. Auf Ersuchen der Mutter wurde das Besuchsrecht am 28. Februar 2001 in zwei Schritten ausgedehnt; zuerst tageweise und alsdann für ein ganzes Wochenende pro Monat, unter Lockerung bzw. Aufhebung der Begleitung. Der Regierungsrat des Kantons Zug wies die von A. _____ dagegen erhobene Beschwerde am 25. September 2001 ab und modifizierte die zeitlichen Einzelheiten. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug wies die Beschwerde von A. _____ seinerseits ab und legte das Besuchsrecht wie folgt fest:

- von Juli bis September 2002: ein Wochenende pro Monat,
von Samstag, 10.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr;
- ab Oktober 2002: ein Wochenende pro Monat,
von Samstag, 10.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr,
plus ½ Tag pro Monat.

B.

A. _____ hat gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Juni 2002 Berufung eingereicht und beantragt Aufhebung der Ziffern 1, 2 und 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids.

Eine Berufungsantwort ist nicht eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen die kantonal letztinstanzlichen (Art. 48 Abs. 1 OG) Anordnungen des Verwaltungsgerichts über den persönlichen Verkehr zwischen den Eltern und ihren Kindern kann gemäss Art. 44 lit. d OG wegen Verletzung von Bundesrecht (Art. 43 OG) Berufung eingelegt werden. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Berufung ist einzutreten.

2.

2.1 Anfechtungsobjekt der Berufung ist einzig der Entscheid der letzten kantonalen Instanz (Art. 48 Abs. 1 OG). Dieser ersetzt im ordentlichen Rechtsmittelverfahren den Entscheid der unteren

kantonalen Instanz. Soweit sich der Berufungskläger auch gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde - und insbesondere ihre Arbeitsweise - wendet, ist deshalb darauf nicht einzutreten (vgl. Urteil der I. Zivilabteilung 4C.122/1991 vom 10. Juni 1991, E. 1b).

2.2 Im Rahmen des Berufungsverfahrens ist das Bundesgericht bei seinem Entscheid an die Sachverhaltsfeststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden (Art. 63 Abs. 1 OG). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen richten sowie das Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel sind im Grundsatz unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 126 III 59 E. 2a S. 65 mit Hinweisen). Und das gilt grundsätzlich auch für Entscheide betreffend Kinderbelange, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 122 III 404 E. 3d S. 408; 120 II 229 E. 1c; Fabienne Hohl, *Procédure civile*, Band I, S. 164 N. 850). Aktenwidrigkeiten, falsche Beweiswürdigung wie auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs wären mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen (BGE 127 III 248 E. 2c S. 252). Der Berufungskläger hält sich mit seinen Ausführungen - über weite Strecken - nicht an die genannten Grundsätze.

3.

Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz vor, ihre Feststellungen über die tatsächlichen Verhältnisse seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften - insbesondere von Art. 145 Abs. 1 und Art. 275 Abs. 1 ZGB - zustande gekommen.

Abgesehen davon, dass die Vorwürfe vorwiegend gegen die Vormundschaftsbehörde gerichtet und damit unzulässig sind (E. 2.1 hiavor), geht die Rüge fehl. Der Richter (wie die Vormundschaftsbehörde) ist gehalten, unter Mitwirkung der Parteien den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Mit andern Worten, er (sie) hat die wesentlichen Elemente für den Entscheid von sich aus abzuklären (Art. 145 Abs. 1 ZGB; vgl. BGE 127 III 207 E. 7 S. 218; Fabienne Hohl, a.a.O., S. 163 N. 846 ff.).

Gemäss dem angefochtenen Urteil sind der Gemeinderat Baar und der Regierungsrat des Kantons Zug nach Vorliegen eines kinderpsychologischen Gutachtens, aufgrund der Berichte der Beiständin und der Besuchsbetreuerin, aufgrund eigener Wahrnehmungen der Vormundschaftsbehörde Baar und aufgrund der Parteivorbringen zum Schluss gelangt, die Aufhebung der Besuchsbegleitung sei nicht nur möglich, sondern wünschbar. Inwiefern hierbei bundesrechtliche Beweisvorschriften verletzt sein sollen, ist nicht ersichtlich.

Wie die Ergebnisse gewürdigt und welche Schlüsse daraus gezogen werden, hat mit der Untersuchungsmaxime hingegen nichts zu tun. Dass nicht allen Beweisanträgen gefolgt worden ist, beschlägt das rechtliche Gehör und ist im vorliegenden Verfahren nicht zu hören. Nicht einzutreten ist auf die Rügen betreffend die Ergebnisse der von Frau Dr. X. _____ mit C. _____ durchgeführten Therapie, auf die Vorbringen zu den Telefonaufzeichnungen und Tonbandaufnahmen sowie auf die Würdigung der Stellungnahme der Pflegeeltern (E. 2.2 hiavor).

4.

Der Berufungskläger macht weiter geltend, das Verwaltungsgericht habe gegen Art. 300 Abs. 2 ZGB verstossen, weil es die Pflegeeltern nicht angehört habe.

Die Vorinstanz führt aus, nach Art. 300 Abs. 2 ZGB sollten die Pflegeeltern vor wichtigen Entscheidungen angehört werden. Derweil Hegnauer (*Grundriss des Kindesrechts*, 5. Auflage 1999, N. 27.63) dieses Anhörungsrecht mit dem Beiwort "gegebenenfalls" relativiere, enumeriere Schwenzer einige Anwendungsfälle dieser Regelung, worunter auch behördliche oder gerichtliche Auseinandersetzungen über die Änderung des persönlichen Verkehrs des nicht obhutsberechtigten Elternteils fielen (Basler Kommentar, ZGB I, N. 11 ff. zu Art. 300 ZGB). Der Regierungsrat habe angesichts des Fehlens einer höchstrichterlichen Rechtsprechung sich nicht geäußert, ob die Pflegeeltern einen expliziten Anspruch auf rechtliches Gehör hätten oder ob die Gewährung desselben im Ermessen der zuständigen Behörde stehe. Hingegen habe er festgestellt, eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vormundschaftsbehörde bzw. den Gemeinderat von Baar würde durch die Anhörung im regierungsrätlichen Verfahren geheilt. Die Vorinstanz fährt fort, dem Einwand des Berufungsklägers, die schriftlichen Eingaben der Pflegeeltern seien nicht berücksichtigt worden, könne entgegengehalten werden, dass ihre Stellungnahme im Wesentlichen die Haltung des Berufungsklägers wiedergegeben hätte, so dass der Regierungsrat sich darauf habe beschränken dürfen, die Argumente bloss einmal zu würdigen.

Der Einwand des Berufungsklägers, dass Hegnauer an anderer Stelle (Berner Kommentar, Bern 1997, N. 69 zu Art. 275 ZGB) die Anhörung der Pflegeeltern fordere, ist richtig. Der Berufungskläger gibt jedoch selbst zu, dass die Pflegeeltern nicht von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen wurden. Er ist

jedoch der Meinung, dass ihre Vorbringen nicht sachlich, also willkürfrei, gewürdigt worden seien. Damit kritisiert er die Beweiswürdigung und mit seinen übrigen Ausführungen und dem Verweis auf BGE 118 Ia 17 auch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, was im Berufungsverfahren nicht zulässig ist (E. 2.2 hiavor).

5.

5.1 Das Verwaltungsgericht hält fest, es könne sich den rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen zur Entführungsgefahr anschliessen. Mit dem Bundesgericht könne darauf hingewiesen werden (BGE 122 III 404 E. 4c S. 412/413), dass eine solche Gefahr bloss abstrakter Natur sei, demzufolge einschränkende Massnahmen nicht rechtfertige. Das Gericht habe keinen Anlass, die Feststellung der Vorinstanzen, die Berufungsbeklagte lebe heute in recht geordneten Verhältnissen, zu bezweifeln. Im Zeitpunkt der Entführung (1996) sei dies nicht der Fall gewesen. In der Folge habe sie den stufenweisen Entzug ihrer Elternrechte verkraften und als ledige Mutter zusehen müssen, wie ihre Tochter immer mehr in die Familie des Vaters eingegliedert worden sei. In dieser Situation habe sie nur in einer Kindesentführung Rettung gesehen, und dies dürfe als eine Art Affekttat gewertet werden und erscheine aufgrund der Verzweiflung ein wenig verständlich, wenn auch in keiner Weise entschuldbar. Das Verwaltungsgericht fährt fort, inzwischen lebe die Mutter wieder in geregelten Verhältnissen, habe ihr soziales Umfeld in der Schweiz und scheine hier verwurzelt zu sein. Sie habe in den vergangenen fünf Jahren auch deutlich gemacht, dass sie mit der für sie belastenden Situation zu leben bereit sei, weshalb die 1996 erfolgte Kindesentführung nicht mehr als konkretes Gefahrenmoment betrachtet werden dürfe.

Der Berufungskläger ist der Auffassung, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht auf BGE 122 III 404 abgestützt, weil im vorliegenden Fall nicht von einer bloss abstrakten Gefährdung gesprochen werden könne, denn anders als im angeführten Bundesgerichtsentscheid habe die Berufungsbeklagte eine Entführung begangen. Der Einwand geht fehl, denn nach den verbindlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts (Art. 63 Abs. 2 OG) ist eine Wiederholung der Tat als gering einzuschätzen. Nicht gehört werden kann das Vorbringen, gestützt auf die Akten könne die Entführung nicht als Affektreaktion gewertet werden, denn damit stellt sich der Berufungskläger gegen die Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil (E. 2.2). Aus dem gleichen Grund unbeachtlich sind die Ausführungen zur finanziellen Situation der Mutter. Auch wenn der Vormundschaftsbehörde Hinweise und Belege für das Bestehen einer Entführungsgefahr haben sollte - wie der Berufungskläger behauptet -, ist dies unmassgeblich, nachdem die Vorinstanz bei der Würdigung dieser Tatsache zu einem andern Schluss gekommen ist; und der damit verknüpfte Vorwurf der ungenügenden Sachverhaltsabklärung seitens dieser Behörde ist ebenfalls unzulässig (E. 2.1 hiavor).

5.2 Ferner ist der Berufungskläger der Meinung, das Besuchsrecht sei nach Art. 274 Abs. 2 ZGB einzuschränken, weil sich die Besuchsberechtigte nicht ernsthaft um das Kind gekümmert habe. Das Bundesgericht sei der Auffassung, die Vernachlässigung von Unterstützungspflichten sei zumindest als ein Indiz für die Gleichgültigkeit mit zu berücksichtigen (BGE 86 II 10). Gemäss der Botschaft (BBl 1974 II 55) müsse bei Vernachlässigung der Unterstützungspflicht aus bösem Willen oder Liederlichkeit das Besuchsrecht verweigert oder entzogen werden. Die neuere Lehre vertrete deshalb die Ansicht, man könne Unterhaltspflicht und persönlichen Verkehr nicht mehr grundsätzlich unabhängig voneinander beurteilen (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 28 zu Art. 274 ZGB; derselbe, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage 1999, N. 19.23). Von vornherein unzulässig sind die sich über mehrere Seiten hinziehenden Ausführungen des Berufungsklägers, worin er wiederum namentlich das Vorgehen der Vormundschaftsbehörde hinsichtlich des in Auftrag gegebenen Gutachtens zum Besuchsrecht - mit Blick auf Art. 274 Abs. 2 ZGB - bemängelt (E. 2.1 und 2.2 hiavor).

Das Verwaltungsgericht hält in dieser Frage fest, den ins Recht gelegten Entscheiden des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1999 zur Frage der Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge und des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2000 zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege sowie den vorinstanzlichen Entscheiden könne entnommen werden, dass die Berufungsbeklagte ab August 1999 - mit Unterbrüchen - ohne Anstellung gewesen sei; sodann sei ihr Ehemann ebenfalls arbeitslos geworden und verschuldet gewesen. Das Bezirksgericht Affoltern und das Obergericht hätten die Suchbemühungen der Mutter für eine Arbeitsstelle als ungenügend erachtet und ihr ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Dagegen habe das Kassationsgericht den Grund ihrer Stellenlosigkeit auch in der fehlenden Berufsausbildung, der minimalen Schulbildung sowie im Umstand gesehen, dass sie sich in der schweizerischen Berufswelt nie habe richtig integrieren können. Zudem habe es ihrer psychischen Situation angesichts der Problematik ihrer Tochter ebenfalls Gewicht beigemessen und erklärt, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechtfertige sich nur, wenn es der fraglichen Partei klarerweise an

gutem Willen fehle, ein ausreichendes

Einkommen zu erzielen. Diese Annahme rechtfertige sich im Falle der Berufungsbeklagten ebenso wenig wie der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.

Die Vorinstanz hat sich der Meinung des Kassationsgerichts angeschlossen und im Ergebnis befunden, der Mutter könne weder böswillige Gesinnung noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden. Diese Schlussfolgerungen basieren eindeutig auf Beweiswürdigung. Der Berufungskläger legt in keiner Weise dar, inwiefern die Vorinstanz gestützt auf die von ihr ins Auge gefassten Tatsachen auf eine schuldhaft Vernachlässigung der Unterstützungspflicht hätte erkennen müssen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3 S. 748/749). Er beruft sich vielmehr auf eine mangelhafte Sachverhaltsabklärung seitens der Vorinstanzen und auf neue Hinweise, die zu einem andern Resultat führen würden. All dies ist unzulässig (E. 2.2 hiavor).

6.

Der Berufungskläger wendet sich schliesslich nicht gegen das Besuchsrecht als solches, sondern gegen die von der Vorinstanz gewährte Übernachtung.

6.1 Das Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr steht Eltern und Kindern um ihrer Persönlichkeit willen zu (BBl 1974 II 52; BGE 119 II 201 E. 3 S. 204). In erster Linie dient das Besuchsrecht indessen dem Interesse des Kindes. Bei dessen Festsetzung geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 122 III 404 E. 3a S. 406 f. mit Hinweisen). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt somit immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 127 III 295 E. 4a S. 298; 123 III 445 E. 3b S. 451).

Wo das Gesetz verlangt, dass das Gericht eine angemessene Lösung treffe, verweist es auf das richterliche Ermessen (zum Besuchsrecht: BGE 120 II 229 E. 4a S. 235). In diesem Fall hat der Richter seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen (Art. 4 ZGB). Eine solche Billigkeitsentscheidung verlangt, dass alle wesentlichen Besonderheiten des konkreten Falles beachtet werden. Das Bundesgericht überprüft die Ausübung richterlichen Ermessens durch die letzte kantonale Instanz mit Zurückhaltung; es schreitet nur dann ein, wenn grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abgegangen wird, wenn Tatsachen berücksichtigt werden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen (BGE 126 III 223 E. 4a S. 227/ 228; zum Besuchsrecht: Urteil der II. Zivilabteilung 5C.176/2001 vom 15. November 2001 E. 2b).

6.2 Dem angefochtenen Entscheid kann entnommen werden, dass die Berufungsbeklagte mit der Besuchsregelung nicht glücklich war und dass auch die Tochter einen intensiveren Kontakt zu ihrer Mutter wünschte. Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Ausdehnung des Besuchsrechts auf ein kinderpsychiatrisches Gutachten sowie die Berichte der Besuchsbegleiterinnen abgestützt. In den vom Berufungskläger zwischen Mutter und Tochter heimlich vorgenommenen Telefonaufzeichnungen hat es keine untolerierbare Aufhetzung feststellen können. Es sei auch nicht erwiesen, dass C._____ während den Besuchen unzulässig beeinflusst werde. Ferner hält die Vorinstanz fest, die Berufungsbeklagte dürfte bei der Erweiterung des Besuchsrechts, wie sie und offenbar auch C._____ es wünschten, kaum mehr Verlangen verspüren, die Besuchsregelung an sich zum Inhalt der Telefonate zu machen.

6.3 Von vornherein nicht gehört werden kann der Einwand des Berufungsklägers, die vorgeschlagene Regelung entspreche nicht dem Wunsch C._____s weil hiermit erneut die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Richter in Frage gestellt werden. Weiter wird in der Berufung in der Hauptsache vorgetragen, das Verwaltungsgericht habe die bestehende Elternkonstellation ausser Acht gelassen. C._____ sei während der Arbeitswoche bei den Pflege-/Grosseltern, an den Feierabenden sowie an den Wochenenden und in den Ferien beim Vater. Wenn noch Wochenende bei der Mutter hinzukämen, könne dem zunehmendem Bedürfnis C._____s nach Freizeit nicht mehr Rechnung getragen werden. Der Berufungskläger hat zur Kenntnis zu nehmen, dass der Wunsch der Tochter zu vermehrtem Kontakt mit ihrer Mutter für ihre Persönlichkeitsentfaltung ernst zu nehmen ist. Andere Gründe als eine Anhäufung von Literaturziten zum Besuchsrecht, welche den Ermessensentscheid der Vorinstanz nicht umzustossen vermögen, bringt der Berufungskläger nicht vor. Das Besuchsrecht von einem Wochenende (von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr) und einem zusätzlichen halben Tag pro Monat hält sich eher an der unteren Grenze des Üblichen. Eine Bundesrechtsverletzung liegt somit nicht vor.

7.

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit wird der Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Da keine Berufungsantwort eingeholt

wurde, entfällt eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug, verwaltungsrechtliche Kammer, vom 4. Juni 2002 wird bestätigt.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Berufungskläger auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, verwaltungsrechtliche Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. November 2002

Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: