

Tribunale federale  
Tribunal federal

5C.86/2002 /min  
{T 0/2}

Urteil vom 23. Mai 2002  
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Bianchi, Präsident,  
Bundesrichter Raselli, Bundesrichterin Escher,  
Gerichtsschreiber Zbinden.

X. \_\_\_\_\_,  
Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Dolfi Müller, Alpenstrasse 16,  
Postfach, 6301 Zug.

gegen

Y. \_\_\_\_\_,  
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. Nicole Kistler, Grosshaus am  
Kolinplatz 2, 6300 Zug.

Scheidungsfolgen (Besuchs- und Ferienrecht)

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, Zivilrechtliche Abteilung, vom 5. März  
2002

Sachverhalt:

A.

Mit Urteil vom 13. Dezember 2000 schied das Kantonsgericht des Kantons Zug die Ehe von  
Y. \_\_\_\_\_ (Klägerin) und X. \_\_\_\_\_ (Beklagter); es übertrug die elterliche Sorge über die  
gemeinsamen Kinder der Parteien, U. \_\_\_\_\_ (geb. 1983) und V. \_\_\_\_\_ (geb. 1996), der Klägerin  
und überwies ihr die Kinder zur Pflege und Erziehung. Dem Beklagten räumte es das Recht ein, seine  
Kinder jeweils am 1. und 3. Wochenende eines Monats von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00  
Uhr zum Besuch abzuholen oder zu empfangen und sie jährlich für eine Woche (sieben Tage) zu bzw.  
mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei der Ferientermin unter den Eltern mindestens zwei Monate im  
Voraus abzusprechen sei (Dispositiv-Ziff. 2b). Mit dem Recht auf persönlichen Verkehr wurden die  
Auflagen verbunden, der Beklagte habe der Klägerin für die Dauer der Ausübung des Besuchs- und  
Ferienrechts seinen Pass auszuhändigen und sein Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern  
nur in der Schweiz auszuüben (Dispositiv-Ziff. 2c).

Im Verlaufe des Scheidungsverfahrens erliess der Stadtrat Zug als Vormundschaftsbehörde am 5.  
Juni 2001 auf Ersuchen der Klägerin eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2  
ZGB. Er beauftragte die Beiständin namentlich mit der Organisation und Überwachung des vom  
Kantonsgericht bestimmten Besuchsrechts und hiess sie des Weiteren, sich im Einvernehmen mit  
der Klägerin über das Wohlergehen der beiden Kinder Rechenschaft zu geben.

B.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten hob das Obergericht des Kantons Zug  
Dispositiv-Ziff. 2c des erstinstanzlichen Urteils auf und erkannte, mit dem Recht auf persönlichen  
Kontakt zu den Kindern werde lediglich die Auflage verbunden, dass der Beklagte das Besuchs- und  
Ferienrecht nur in der Schweiz ausüben dürfe (Dispositiv-Ziff. 1). Im Übrigen wurde das  
kantonsgerichtliche Urteil bestätigt (Dispositiv-Ziff. 2). Dabei äusserte sich das Obergericht im  
Dispositiv nicht zu allfälligen Kinderschutzmassnahmen, verwies aber in den Erwägungen seines  
Urteils auf die vom Stadtrat Zug angeordnete Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Verfügung vom  
5. Juni 2001.

C.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte eidgenössische Berufung eingereicht. Er beantragt sinngemäss,  
es sei ihm ein Besuchs- und Ferienrecht ohne Auflagen und überdies ein Ferienrecht von drei Wochen  
zu gewähren. Für das Verfahren vor Bundesgericht ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege und  
Verbeiständung.

Es ist keine Berufungsantwort eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Soweit der Beklagte eine Verletzung von Art. 8 BV rügt, ist auf seine Berufung nicht einzutreten, wäre doch die entsprechende Rüge mit staatsrechtlicher Beschwerde vorzubringen gewesen (Art. 43 Abs. 1 OG).

2.

Der Beklagte richtet sich einmal gegen die Auflage, wonach er die Besuchs- und Ferientage mit seinen Kindern ausschliesslich in der Schweiz zu verbringen hat.

Das Obergericht hat erwogen, die von der ersten Instanz verfügte Auflage, dass das Besuchs- und Ferienrecht nur in der Schweiz ausgeübt werden könne, sei zu bestätigen, damit die von der Vormundschaftsbehörde eingesetzte Beiständin ihre Aufgabe wahrnehmen könne.

2.1 Der Beklagte macht geltend, das Obergericht verhalte sich widersprüchlich, indem es einerseits eine ernsthafte Gefahr der Kindesentführung verneine, die örtliche Beschränkung in der Ausübung des Besuchs- und Ferienrechts aber dennoch aufrechterhalte. Die Hauptfunktion der Beiständin bestehe einzig darin, als Anlaufstelle zwischen den Parteien zu fungieren und Besuchspläne aufzustellen; das Obergericht verletze überdies die Beweisregeln aus Art. 8 ZGB, wenn es die einseitig geäusserten und eindeutig bestrittenen Befürchtungen der Klägerin bezüglich der Betreuung der Kinder einfach als erwiesen erachte.

2.2 Der Beklagte lässt dabei allerdings unerwähnt, dass der Stadtrat Zug als Vormundschaftsbehörde am 5. Juni 2001 vorsorglich eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet hat (zur Dringlichkeitszuständigkeit der Vormundschaftsbehörde im Verlaufe des hängigen Scheidungsverfahrens: Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB; Breitschmid, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 315 und 315a ZGB). Der Beklagte hat diese Verfügung, aus der sich die Befürchtungen der Klägerin hinsichtlich der Betreuung der Kinder durch den Beklagten ergeben, nicht mit den einschlägigen kantonalen Rechtsmitteln angefochten. Die Vorinstanz hat im Rahmen des Scheidungsverfahrens kein eigenes Verfahren (betreffend Erlass von Kindesschutzmassnahmen) durchgeführt, sondern sich darauf beschränkt, die Massnahme der Vormundschaftsbehörde (stillschweigend) zu bestätigen, indem sie in den Erwägungen darauf verwiesen hat (zur Möglichkeit stillschweigender Bestätigung: Eckert, *Compétences et procédures au sujet de l'autorité parentale dans les causes matrimoniales*, Diss. Lausanne 1990, S. 78). Der Vorwurf der Verletzung von Art. 8 ZGB geht demnach ins Leere. Der Beklagte zeigt sodann auch nicht auf, dass er die Aussage der Klägerin im Verlaufe des Scheidungsverfahrens den kantonalen Bestimmungen entsprechend rechtzeitig bestritten hat. Im Übrigen trifft denn auch nicht zu, dass die angeordnete Massnahme einzig auf Aussagen der Klägerin beruht, ist doch der Verfügung des Stadtrates vom 5. Juni 2001 zu entnehmen, dass auch die zuständige Sozialarbeiterin Probleme beim Vollzug des Besuchsrechts zu vermelden hatte (Art. 64 Abs. 2 OG).

Gemäss der Verfügung des Stadtrates, auf welche das Obergericht verweist, hat die Beiständin für die Organisation und Überwachung des Besuchsrechts besorgt zu sein, und sich im Einvernehmen mit der Klägerin über das Wohlergehen der Kinder Rechenschaft zu geben. Entgegen der Auffassung des Beklagten geht es somit nicht einfach nur darum, Besuchspläne aufzustellen. Die Ausführungen des Beklagten richten sich somit in unzulässiger Weise gegen anderslautende tatsächliche Feststellungen des Obergerichts (Art. 63 Abs. 2 OG) und sind deshalb nicht zu hören.

2.3 Der Umstand, dass eine Entführungsfahr vom Obergericht ausdrücklich als gering eingestuft worden ist, schliesst eine örtliche Beschränkung des Besuchs- und Ferienrechts nicht schlechthin aus. Nach der Verfügung der Vormundschaftsbehörde erweist sich die Überwachung des Besuchsrechts auch wegen anderer Feststellungen (vgl. E. 2.2 hiervor) als angezeigt. Sodann ist nicht zu verkennen, dass ein Auslandsaufenthalt die Durchführung der Massnahme wenn nicht vereitelt, so doch erheblich erschwert, was für sich allein eine örtliche Beschränkung in der Ausübung des persönlichen Verkehrs allemal zu rechtfertigen vermag. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt demnach nicht vor.

3.

Der Beklagte erblickt eine Verletzung von Art. 273 ZGB darin, dass ihm das Obergericht entgegen der allgemein üblichen Praxis nur ein Ferienrecht von einer Woche einräume.

3.1 Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (vgl. dazu BGE 123 III 445 E. 3 S. 450 ff.; 120 II 229 E. 3 S. 232; 119 II 201 E. 3 S. 204; 111 II 405 E. 3 S. 407).

Dabei haben Vater und Mutter alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert (Art. 274 Abs. 1 ZGB).

Die Vorstellung über das angemessene Ferienrecht gehen in der Lehre und der Praxis auseinander, wobei auch regionale Unterschiede festzustellen sind: Während der nicht obhutsberechtigte Elter in der Westschweiz üblicherweise die Hälfte der Schulferien mit seinem Kind verbringen kann, wird das Ferienrecht in der Deutschschweiz - im Streitfall - üblicherweise für Schulkinder auf zwei bis drei Wochen jährlich festgesetzt (Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, N. 100 zu Art. 273 ZGB, S.105/106; Schwenzer, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 273 ZGB, S. 1422).

3.2 Auch wenn solchen Übungen bei der Bemessung des Besuchsrechtes eine gewisse Bedeutung zukommt, kann im Einzelfall nicht allein darauf abgestellt werden (BGE 123 III 445 E. 3a S. 451). Das Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr steht Eltern und Kindern um ihrer Persönlichkeit willen zu (BBI 1974 II 52; BGE 119 II 201 E. 3 S. 204). In erster Linie dient das Besuchsrecht indessen dem Interesse des Kindes. Bei der Festsetzung des persönlichen Kontakts 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). Dem Beklagten kann somit nicht gefolgt werden, soweit er davon auszugehen scheint, die übliche Regel von drei Wochen Ferien stelle eine Verpflichtung für den Richter dar und lasse keine Ausnahmen zu.

3.3 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; statt vieler: Theo Mayer-Maly, Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 4 ZGB). 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; 116 II 145 E. 6a S. 149 mit Hinweisen).

3.4 Das Obergericht hat in seinem Entscheid insbesondere berücksichtigt, dass die von der ersten Instanz getroffene Ferienregelung sich bereits während der Dauer der Eheschutzmassnahmen bewährt hat. Dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass sie dem Kindeswohl entspricht. Wird sodann beachtet, dass das jüngste Kind erst sechs Jahre alt ist und es ferner den persönlichen Verkehr des Beklagten mit seinen Kindern zu überwachen gilt, so lässt sich nicht sagen, das Obergericht habe nicht seinem Ermessensspielraum entsprechend gehandelt.

3.5 Auch was der Beklagte im Übrigen vorbringt, ist nicht geeignet, das obergerichtliche Urteil als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Er setzt sich mit den obergerichtlichen Erwägungen nicht rechtsgenügend auseinander (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; 116 II 745 E. 3 S. 748 mit Hinweisen), sondern beschränkt sich im Wesentlichen einfach darauf, die Lehre und Rechtsprechung zum Besuchs- und Ferienrecht zu zitieren, die getroffene Ferienregelung als bundesrechtswidrig zu qualifizieren und eigene Tatsachen aufzulisten, mit denen er aufzuzeigen versucht, dass sich die bisherige Ordnung nicht bewährt hat. Das Obergericht hat indes keine Feststellungen im Sinne der Ausführungen des Beklagten getroffen und dieser beruft sich auf keine der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 OG. Auf die Berufung ist demnach insoweit nicht einzutreten.

4.

Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Berufung abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Das angefochtene Urteil ist demzufolge zu bestätigen. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Eine Parteientschädigung ist nicht zu sprechen, da keine Berufungsantwort eingeholt worden ist.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist abzuweisen, zumal sich die Berufung, so wie sie begründet worden ist, von Anfang an als aussichtslos erwiesen hat. (Art. 152 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, Zivilrechtliche Abteilung, vom 5. März 2002 wird bestätigt.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.-- wird dem Beklagten auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zug, Zivilrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Mai 2002

Im Namen der II. Zivilabteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: