Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.250/2005 /bnm

Urteil vom 3. Januar 2006
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
W._____,
Kläger und Berufungskläger,
vertreten durch Fürsprecher Frank Goecke,

gegen

1. X._____,
2. Y._____,
3. Z._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
alle drei vertreten durch Rechtsanwältin Susanne Jenny Wiederkehr,

Gegenstand
Besuchsrecht,

Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus, I. Kammer, vom 30. August 2005.

Sachverhalt:
A.
A.a Der in Algerien geborene (1968) W._____ heiratete am 6. März 1989 die Schweizer Bürgerin X._____ (geb. 1965) in A._____. Sie haben zwei gemeinsame Kinder: Y._____, geboren 1990, und Z._____, geboren 1992. W._____ hatte sich 1994 in A._____ einem Kreis von Exil-Algeriern angeschlossen, welche den Befreiungskampf der islamischen Heilsfront (FIS) unterstützten. 1996 begab er sich nach Tunesien, wurde aufgrund eines Hinweises der Schweizer Bundespolizei verhaftet, an Algerien ausgeliefert und dort inhaftiert.
A.b Mit Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 17. Februar 2000 wurde die am 6. März 1989 geschlossene Ehe von X._____ und W._____ geschieden. Auf die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Vater und den unter die elterliche Sorge der Mutter gestellten Kindern Y._____ und Z._____ wurde vorläufig verzichtet.

W._____ wurde im Sommer 2002 aufgrund einer Intervention der Schweizerischen Eidgenossenschaft und des Roten Kreuzes wieder freigelassen und kehrte in die Schweiz zurück.
A.c W._____ ersuchte am 21. März 2003 um Abänderung des Scheidungsurteils vom 17. Februar 2000 und um Regelung des persönlichen Verkehrs mit seinen Kindern. Nachdem das Gesuch zuständigkeitshalber von der angerufenen Berner Behörde an die Sozialbehörde B._____ weitergeleitet worden war, beschloss diese am 30. Juni 2003, dass der Kontakt zum Vater nicht mit Zwang und gegen den Willen der Kinder angeordnet werden könne. Die Anhörung der Kinder habe gezeigt, dass sie sich in der vorhandenen Familienstruktur gut eingebettet fühlten und den Kontakt zum Vater keinesfalls wollten. Deshalb wurde das Gesuch um Regelung

des persönlichen Verkehrs abgelehnt.

Dagegen liess W._____ bei der Fürsorgedirektion des Kantons Glarus Beschwerde einreichen. Er beantragte die Rückweisung des Verfahrens an eine andere Sozialbehörde zum Entscheid betreffend Regelung des persönlichen Verkehrs (nach Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens). Mit Entscheid vom 8. Februar 2005 hiess die Fürsorgedirektion die Beschwerde gut und regelte das Recht auf persönlichen Verkehr zwischen dem Vater und den Kindern. Zur Überwachung des persönlichen Verkehrs errichtete sie eine Besuchsbeistandschaft und wies die Sozialbehörde an, einen Beistand zu bestellen. Zur Begründung wurde in der Hauptsache angeführt: Das kinderpsychiatrische Gutachten habe zusammenfassend ergeben, dass die Kinder auf der bewussten Ebene kaum Wert auf ein Wiedersehen mit dem Vater legten. Doch sei eine Auseinandersetzung mit dem Thema Vater nicht zu umgehen. Der Gutachter schlage deshalb vor, dass sich die Eltern zusammensetzen sollten, um eine Vertrauensbasis zu erarbeiten, welche die Ausübung eines Besuchsrechts ermögliche.
B.
Gegen den Entscheid der Fürsorgedirektion erhob X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus hiess am 30. August 2005 die Beschwerde gut, hob die Ziff. 1 bis 4 des vorinstanzlichen Entscheids auf und bestätigte den Beschluss der Sozialbehörde B._____ vom 30. Juni 2003.
C.
W._____ hat gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts eidgenössische Berufung eingelegt und staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Mit der Berufung beantragt er, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und den persönlichen Verkehr zwischen dem Berufungskläger und seinen Kindern wie im Entscheid der Sanitäts- und Fürsorgedirektion des Kantons Glarus vom 8. Februar 2005 zu regeln. Ferner sei eine Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB zu errichten. Sodann ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Eine Berufungsantwort ist nicht eingeholt worden.
D.
Mit Urteil vom heutigen Tag hat die II. Zivilkammer des Bundesgerichts die staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten war (5P.366/2001).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gegen das kantonal letztinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig (Art. 44 lit. d OG). Auf die form- und fristgerechte Berufung ist einzutreten.
2.
2.1 Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz zugrunde zu legen, es wäre denn, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252). Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c OG können neue Tatsachen im Berufungsverfahren nicht vorgebracht werden (BGE 130 III 106 E. 2.2).

Von vornherein nicht eingetreten werden kann auf die Hinweise des Berufungsklägers auf seine Eingaben im kantonalen Verfahren (BGE 126 III 201 E. 1d).
2.2 Ebenfalls nicht eingetreten werden kann auf die Vorbringen zur Offenlassung der Entführungsgefahr und den Zweifeln der Vorinstanz zur Distanzierung vom FIS, sodann auf die Fragen, ob der Berufungskläger sich die Haft selbst zuzuschreiben habe und ob eine Gefährdung durch islamisch geprägtes Denken und Handeln des Berufungsklägers bestehe. Diese Rügen sind im Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde behandelt worden und können mit Berufung nicht mehr geltend gemacht werden.
3.
3.1
3.1.1 Die Vorinstanz führt aus, wichtige Gründe, das Besuchsrecht zu entziehen, lägen praxisgemäss etwa dann vor, wenn die ungestörte Entfaltung des Kindes durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht sei und dieser Bedrohung nicht durch geeignete Massnahmen begegnet werden könne. Die Gefährdung des Kindeswohls könne beispielsweise in der immer wieder neuen Störung des

seelischen Gleichgewichts des Kindes liegen. Ein wichtiger Grund dafür, das Besuchsrecht abzulehnen, liege beispielsweise auch darin, dass ungünstige Eigenschaften oder das bisherige Verhalten des Gesuchstellers vermuten liessen, der persönliche Verkehr könne sich auf das Kind nachteilig auswirken. Beim Entscheid hierüber seien die gesamten Umstände zu berücksichtigen, in ihrem Zusammenspiel zu würdigen und gegeneinander abzuwägen. Ein Verschulden des betreffenden Elternteils sei nicht erforderlich (BGE 107 II 301 ff.; Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 17 ff. und N. 31 ff. zu Art. 274 ZGB). Das Recht des Elternteils auf angemessenen persönlichen Verkehr mit den Kindern stehe demjenigen, der durch die Scheidung die elterliche Sorge verloren habe, um seiner Persönlichkeit willen zu. Als sog.
"Pflichtrecht" diene das Besuchsrecht indessen in erster Linie dem Interesse des Kindes. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gelte somit immer das Kindeswohl. Allfällige Interessen der Eltern hätten zurückzustehen (BGE 123 III 445 E. 3b S. 451; BGE 122 III 406 E. 3a).
3.1.2 In tatsächlicher Hinsicht wird im angefochtenen Entscheid festgestellt, das Gutachten komme zum Schluss, das Thema "Vater" sei bearbeitungsbedürftig und für die Kinder in ihrer Entwicklung von Bedeutung. Der Gutachter stelle klar, dass eine erfolgreiche Zusammenführung nur dann stattfinden könne, wenn die Mutter nicht nur ein verbales Zugeständnis, sondern ein einsichtiges Ja-Wort zum Besuchsrecht erteilen könne. Damit dies möglich werde, müsse die Gewähr bestehen, dass der Vater die Rechte und Verbindlichkeiten im Rahmen unserer Kultur nachweisbar respektiere. Vor einer Begegnung des Vaters mit den Kindern hätten die Eltern untereinander eine Vertrauensbasis zu schaffen. Es sei nicht im Interesse der Kinder, wenn das Besuchsrecht per Gerichtsbeschluss erzwungen werde. Diese Schlussfolgerungen des Gutachters seien nachvollziehbar und einleuchtend. Wohl spreche das Anliegen der entwicklungsmässigen Identitätsfindung gerade im Pubertätsalter der Kinder für eine Begegnung mit dem Vater. Auf der anderen Seite bestehe das Risiko der sekundären Belastung durch diese Begegnung. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass sich Z._____ nur mehr diffus bewusst an seinen Vater erinnere und Y._____ heute mit Groll an ihn denke. Die
Kinder hätten den Vater seit bald 10 Jahren nicht mehr gesehen. Der Wille lasse klar auf Ablehnung bzw. Weigerung schliessen, den Vater im heutigen Zeitpunkt persönlich kennen zu lernen bzw. wieder zu sehen. Diese Haltung hätten sie sowohl anlässlich der Befragung vor der Sozialbehörde als auch gegenüber dem Gutachter geäussert. Weiter sei zu beachten, dass es sich bei den Kindern um zweifellos urteilsfähige Jugendliche von nun beinahe 16 und 14 Jahren handle. Eine Besuchsrechtsregelung wäre somit nur noch für 2 bzw. 4 Jahre wirksam. Dieser Zeitrahmen lasse prospektiv die Frage aufkommen, ob sich der Aufwand und die damit verbundene emotionale Belastung der Kinder lohne, wenn der Aufbau einer (dauerhaften) Beziehung zum heute weitgehend entfremdeten Vater gegen den erklärten Willen der Kinder, möglicherweise also zwangsweise zu erfolgen hätte.

Die Vorinstanz fährt fort, in Würdigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles könne gesagt werden, dass ungewiss sei, wie eine Begegnung des Vaters mit den Kindern verlaufen würde und ob die Beteiligten - insbesondere die Kinder - in der Lage wären, damit angemessen umzugehen. Mit einer schwerwiegenden emotionalen Belastungssituation müsste auf jeden Fall gerechnet werden. Eine konkrete Gefährdung der Kinder durch islamisch geprägtes Denken und Handeln des Vaters könne überdies nicht ausgeschlossen werden. Konkrete Indizien in diese Richtung bildeten immerhin die geschilderten Vorkommnisse bis zu seiner Inhaftierung in Algerien (FIS-naher Kontakt mit entsprechenden Aktivitäten wie Waffenhandel, Passfälschungen usw.). Dieser unmittelbare Belastungs- und Gefährdungssituation gegenüber stehe die Aussicht auf einen möglichen, aber unsicheren entwicklungspsychologischen Gewinn. Gesamthaft betrachtet und mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit könne auch nicht angenommen werden, dass sich die möglicherweise nachteiligen Auswirkungen der Aufnahme eines persönlichen Verkehrs mit dem Vater durch Etablierung eines begleiteten Besuchsrechts mit entsprechender Wahrscheinlichkeit in Grenzen halten liessen (vgl. BGE 120
II 229 E. 3b/aa S. 233). Im Interesse der Kinder an einer ungestörten Weiterführung der heute offenbar gut funktionierenden Situation im derzeitigen familiären Umfeld werde vielmehr durch Nichtetablierung eines Besuchsrechts am besten entsprochen. Im Übrigen könne das Aufarbeiten der "Vater-Thematik" durchaus auch auf indirektem Weg und/oder zu einem späteren Zeitpunkt an die Hand genommen werden, sofern die Beteiligten dies für sinnvoll erachteten.
3.2
3.2.1 Der Berufungskläger macht vorerst geltend, das Gericht sei im Rahmen der Güterabwägung zum Schluss gekommen, dass das Risiko einer sekundären Belastung durch die Ausübung des Besuchsrechts den Vorteil der kinderpsychologisch beschriebenen Unterstützung der Identitätsentwicklung überwiegen würde. Damit aber

habe es sich in klaren Widerspruch zum Gutachten gesetzt, welches das Risiko einer Beeinträchtigung sehe, den Nutzen für das Kindeswohl einer neu aufzubauenden Beziehung zwischen Vater und Kindern aber höher veranschlagt habe.

Es ist richtig, dass der Gutachter ausführt, es wäre wichtig, wenn die Kinder einen persönlichen Bezug zum Vater erfahren könnten. Er hat aber auch darauf hingewiesen, dass zunächst eine "bescheidene" Vertrauensbasis zwischen den Eltern geschaffen werden müsse, die es den Kindern möglich mache, ihre je eigenen Interessen bezüglich der Beziehung zum Vater und zur Mutter ohne jegliche Solidaritätskonflikte wahrnehmen zu können. Es sei jedoch nicht im Interesse der Kinder, wenn das Besuchsrecht erzwungen werde.

Die Vorinstanz hat dem Alter der Jugendlichen von beinahe 14 und 16 Jahren entscheidende Bedeutung beigemessen. So haben denn die Eltern dem Unmündigen in der Aufnahme und Ablehnung des persönlichen Verkehrs die seiner Reife entsprechende Freiheit zu gewähren und auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Cyril Hegnauer, a.a.O., N. 14 zu Art. 273 ZGB, S. 88). Der Wille des Kindes für die Regelung des Besuchsrechts kann nicht übersehen werden. Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf BGE 124 III 90 E. 3c S. 93 befunden, wenn die vier Kinder im Alter von 12 bis fast 18 Jahren aufgrund ihrer Erfahrungen den persönlichen Verkehr mit ihrem Vater ablehnten, sei dies zu respektieren; insbesondere was die beiden älteren, demnächst mündigen Kinder betreffe, dürfte es geradezu sinnlos sein, gegen deren klar geäusserten Willen zu versuchen, einen Kontakt zu ihrem Vater anzubahnen. Es müsse ihnen überlassen bleiben, ob und gegebenenfalls wann sie bereit seien, einen Kontakt wieder aufzunehmen (BGE 126 III 219 E. 2b S. 221/222). Lehnt ein urteilsfähiges Kind den Umgang kategorisch ab, so ist dieser 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 Persönlichkeitsrecht des Kindes (Ingeborg Schwenzer , Basler Kommentar, ZGB I, 2. Aufl., Basel 2002, Rz. 11 zu Art. 273 ZGB, S. 1465). Da die beiden Kinder nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz urteilsfähig sind und sich weigern, den Vater im heutigen Zeitpunkt persönlich kennen zu lernen bzw. wieder zu sehen, kommt dem Umstand, dass sie im Zeitpunkt der Urteilsfällung durch das Verwaltungsgericht erst knapp 13 bzw. 15 Jahre alt waren, keine entscheidende Bedeutung zu.

Das Verwaltungsgericht hat auch nicht übersehen, dass es für die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder wünschenswert wäre, wenn sie Kontakt mit dem Vater pflegen könnten. Das Bundesgericht hat dies denn auch immer wieder bei jüngeren Kindern hervorgehoben (BGE 130 III 585 E. 2.2 S. 590 betreffend Kinder im Alter von 4 und 5 Jahren; 127 III 295 E. 4a S. 298 betreffend ein Kind im Alter von 8 Jahren; Urteil 5C.176/2001 vom 15. November 2001, E. 2c S. 8, publiziert in FamPra.ch 2002 S. 400 ff., mit Bezug auf ein 7-jähriges Kind). Im Übrigen könnte bei urteilsfähigen Kindern im Falle der strikten Ablehnung ein Besuchsrecht nur für den Fall festgelegt werden, dass eine gewisse Entspannung eingetreten ist (Annatina Wirz, in: FamKomm. Scheidung, Hrsg. Ingeborg Schwenzer, Bern 2005, Rz. 28 zu Art. 273 ZGB, S. 865). Den Erwägungen der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass die Voraussetzungen für einen Kontakt der Kinder mit ihrem Vater wegen der nicht aufgearbeiteten Konflikte sich nicht mit dem Kindeswohl vereinbaren lässt. Da sie seit Jahren keinen Kontakt mehr mit dem Vater gehabt und im gegenwärtigen Zeitpunkt mit ihm auch keinen haben möchten, konnte die Vorinstanz auch von einem begleiteten Besuchsrecht absehen. Denn es liegt nicht mehr
am Richter, Jugendlichen in diesem Alter nach so langer Abwesenheit eines Elternteils die Kontaktaufnahme in die Wege zu leiten, auch wenn dies menschlich an und für sich erstrebenswert wäre. Ein Ermessensmissbrauch seitens des Verwaltungsgerichts liegt somit nicht vor (zum Besuchsrecht: BGE 120 II 229 E. 4a S. 235; zur Kognition des Bundesgerichts: BGE 126 III 223 E. 4a S. 227/228).
3.3 Sodann bringt der Berufungskläger vor, die Vorinstanz habe die Ablehnung der Kinder in keiner Art und Weise vor dem Hintergrund des Verhaltens der Mutter gewürdigt. Es sei bekannt, dass Kinder in familienrechtlichen Streitigkeiten aufgrund des Parental Alienation Syndrome (PAS) die Optik des einen Elternteils unter Umständen sklavisch übernähmen.

Mit seinen Ausführungen, namentlich auch den Hinweisen auf das Gutachten, kritisiert der Berufungskläger letztlich die Beweiswürdigung, was im Berufungsverfahren unzulässig ist (127 III 73 E. 6a S. 81). Damit besteht auch kein Anlass, auf die umstrittene Theorie des PAS (siehe Ingeborg Schwenzer, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 273 ZGB) näher einzugehen.

4.
Nach dem Ausgeführten muss die Berufung abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Berufungskläger hat für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Da die Berufung von vornherein keinen Erfolg haben konnte, muss das Gesuch abgewiesen werden, und der Berufungskläger wird kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG).

Die Berufungsbeklagten haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung, da sie nicht zur Einreichung einer Berufungsantwort aufgefordert worden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird dem Berufungskläger auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Glarus, I. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Januar 2006
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: