Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.293/2005 /bnm

Urteil vom 6. April 2006
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber Gysel.

Parteien
X._____,
Berufungskläger,

gegen

Y._____,
Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Andrea Hodel-Schmid,

Gegenstand
Kindesverhältnis (persönlicher Verkehr),

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 14. September 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ und Y._____ sind die Eltern des 1995 geborenen Knaben Z._____, der bei der Mutter in A._____ wohnt. Noch vor dessen Geburt hatte X._____ seine Vaterschaft anerkannt.

Auf Ersuchen von X._____ regelte die Sozialbehörde A._____ als Vormundschaftsbehörde mit Beschluss vom 15. Juni 2004 den persönlichen Verkehr zum Sohn. Sie erklärte X._____ berechtigt, Z._____ das erste und dritte Wochenende eines jeden Monats von Samstag 13.00 Uhr bis Sonntag 20.00 Uhr zu besuchen bzw. auf seine Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen. Ausserdem sprach sie ihm ein Ferienbesuchsrecht von zwei Wochen im Jahr zu.

Die sowohl von Y._____ als auch von X._____ gegen diesen Beschluss erhobenen Beschwerden wies der Bezirksrat ... am 26. Juli 2004 ab, wobei er in Ergänzung des Entscheids der Sozialbehörde den Ort der Übergaben des Sohnes festlegte.
B.
Y._____ zog diesen Entscheid an das Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich weiter, das am 14. September 2005 beschloss, das X._____ durch die Beschlüsse der Sozialbehörde A._____ vom 15. Juni 2004 und des Bezirksrats ... vom 26. Juli 2004 zugesprochene Besuchsrecht werde aufgehoben. Gleichzeitig ordnete es eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB an und übertrug dem Beistand bzw. der Beiständin, der bzw. die von der Sozialbehörde A._____ zu ernennen sei, die Aufgaben, unter Einbezug der Eltern die für Z._____ notwendige Therapie anzuordnen bzw. fortzuführen und zu begleiten und der Sozialbehörde A._____ regelmässig, erstmals spätestens drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids, Bericht zu erstatten über die Bemühungen zur Gestaltung des Verhältnisses von Z._____ zum Vater und über die

sich daraus ergebende Möglichkeit der Gewährung eines Besuchsrechts.
C.
Mit eidgenössischer Berufung beantragt X._____, den obergerichtlichen Beschluss vom 14. September 2005 aufzuheben und ihm ein Besuchsrecht einzuräumen, wie es in den Beschlüssen der Sozialbehörde A._____ und des Bezirksrats ... festgelegt worden sei.

Die Berufungsbeklagte Y._____ schliesst auf vollumfängliche Abweisung der Berufung. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Obergericht beruft sich vorab auf das von ihm beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich, Regionalstelle B._____, eingeholte Gutachten. Die Oberärztin Dr. med. S._____ und die Psychologin Dr. phil. T._____ hätten die Vorgeschichte, die Verhältnisse der Eltern untereinander und zu Z._____ sowie die Aussichten für die Zukunft umfassend abgeklärt. In ihrem Bericht vom 11. Juli 2005 hätten die beiden ausgeführt, das Verhältnis der Kindseltern sei gegenseitig von Misstrauen und Verletzungen geprägt. Beide seien nicht in der Lage, auf der Elternebene zum Wohle des Kindes zu kommunizieren. Die äusseren Bedingungen sprächen zwar grundsätzlich nicht gegen Besuche von Z._____ beim Berufungskläger. Z._____ sei in einem Alter, in dem die Bereitschaft zu einem regelmässigen Kontakt zum Vater eine entscheidende Rolle spiele. Von einer solchen Bereitschaft sei aber im jetzigen Zeitpunkt wenig zu spüren. Andererseits sei für die weitere Entwicklung von Z._____ der regelmässige Kontakt zum leiblichen Vater durchaus wichtig. Hilfreich sei dabei eine psychotherapeutische Begleitung, wie sie bei Dr. med. U._____ begonnen worden sei. Sie sei mit begleitenden Elterngesprächen fortzusetzen, wobei
insbesondere der Berufungskläger einbezogen werden müsse. Gegen den Willen von Z._____ und ohne begleitende Massnahmen würde sich die Umsetzung des Besuchsrechts für dessen weitere Entwicklung ungünstig auswirken. Mit Hilfe einer Beistandschaft sei fortlaufend zu evaluieren, ob bei Z._____ eine Bereitschaft zur Kontaktaufnahme mit dem Berufungskläger vorhanden und damit die Umsetzung möglich sei. Zu befürworten wäre für einen begrenzten Zeitraum an sich ein begleitetes Besuchsrecht, das allen Beteiligten Sicherheit bieten könnte, der Berufungsbeklagten, weil sie Z._____ unter Aufsicht wüsste, dem Berufungskläger, weil er neutrale Beobachter von der nahen Beziehung zu Z._____ überzeugen könnte, und Z._____, weil er aus dem elterlichen Schussfeld genommen würde und an einem neutralen Ort den Kontakt zu seinem Vater pflegen könnte. Da für den Berufungskläger zum jetzigen Zeitpunkt ein begleitetes Besuchsrecht absolut nicht in Frage komme und er dessen Chancen für ihn selbst nicht sehe, erscheine diese Massnahme zur Zeit indessen nicht als geeignet. Ebenso wenig scheine eine Mediation zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Eltern Aussichten auf Akzeptanz und Erfolg zu haben.

Die Ausführungen der Gutachterinnen bezeichnet die Vorinstanz als überzeugend. Sie weist ihrerseits darauf hin, dass der zehnjährige Z._____ sich bei der Befragung durch den Referenten unmissverständlich und klar gegen Besuche bei seinem Vater ausgesprochen habe. Solche könnten zur Zeit - wenn überhaupt - wohl nur unter massivem Druck auf den Jungen durchgesetzt werden, was diesen bzw. sein Verhältnis zu seinem Vater noch mehr belasten würde. Solange Z._____ nicht ein Minimum an Vertrauen zu seinem Vater gefunden habe, lasse sich die Anordnung von unbegleiteten Besuchen nicht verantworten. Begleitete Besuche lehne der Berufungskläger ab. Es sei jedoch alles zu unternehmen, dass der auch für Z._____ sehr unbefriedigende Zustand möglichst bald ein Ende finde. Z._____ bedürfe eines Beistands oder einer Beiständin und diese Person habe sich zu bemühen, die Voraussetzungen für einen künftigen regelmässigen Kontakt mit dem Berufungskläger zu schaffen, und dafür zu sorgen, dass die geeigneten Therapien nach den Bedürfnissen von Z._____ und im Hinblick auf den Kontakt zum Vater durchgeführt würden. Es werde auch Aufgabe des Beistands oder der Beiständin sein, sich regelmässig von den mit Z._____ arbeitenden Therapeuten
darüber orientieren zu lassen, wie sich dessen Verhältnis zum Berufungskläger entwickle, und der Vormundschaftsbehörde Bericht darüber wie auch über die Möglichkeit zu erstatten, dem Berufungskläger inskünftig ein Besuchsrecht einzuräumen. In der Besuchsrechtsfrage seien beide Elternteile gefordert; sie hätten alles beizutragen, damit Besuche möglich würden. Bemühe sich der Berufungskläger um die Mitarbeit in der laufenden Therapie bei Dr. med. U._____ und ergäben sich dort Fortschritte, so dürften mit Hilfe der Therapeutin

auch auf Seiten der Berufungsbeklagten Widerstände abgebaut werden, was es Z._____ leichter machen würde, sich vertrauensvoll seinem Vater zuzuwenden. Zeigten sich wesentliche Erfolge und gelinge es, den Widerstand von Z._____ gegen den Kontakt zum Berufungskläger abzubauen, werde diesem so bald als möglich das Besuchsrecht zu gewähren sein. Wie dieses auszugestalten sein würde, könne noch nicht gesagt werden und hänge von der Entwicklung des Verhältnisses zwischen Z._____ und dem Berufungskläger ab. Die Vormundschaftsbehörde werde zu gegebener Zeit darüber zu entscheiden haben.
Gestützt auf diese Erwägungen und die Erklärungen der Gutachterinnen ist das Obergericht zum Schluss gelangt, das von der Sozialbehörde A._____ festgelegte und durch den Bezirksrat ... bestätigte Besuchsrecht sei aufzuheben.
2.
Die tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts sind für die erkennende Abteilung verbindlich, es sei denn, sie wären unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder würden auf einem offensichtlichen Versehen beruhen (Art. 63 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG]).
2.1 Der Berufungskläger rügt, dass das Obergericht von ihm anerbotene Beweise nicht abgenommen und insbesondere als Zeugen angerufene Personen nicht einvernommen habe. Dem Sinne nach macht er damit eine Verletzung von Art. 8 ZGB geltend, der der belasteten Partei einen bundesrechtlichen Anspruch auf Abnahme von Beweisen verleiht, die zum Nachweis rechtserheblicher Tatsachen - nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts frist- und formgerecht - anerboten worden sind (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit Hinweisen). Indessen legt der Berufungskläger nicht konkret dar, was für Beweise nicht abgenommen worden sein sollen. Die Rüge ist mithin nicht hinreichend begründet (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. c OG), und es kann nicht geprüft werden, ob die Vorinstanz anerbotene Beweise übergangen hat, die geeignet gewesen wären, zur Ermittlung rechtserheblicher Tatsachen beizutragen. In diesem Punkt ist auf die Berufung daher nicht einzutreten.
2.2 Das Vorbringen des Berufungsklägers, der obergerichtliche Entscheid beruhe weitgehend auf unwahren Darstellungen der Berufungsbeklagten und auf deren tendenziös konstruierten Sachverhaltsschilderungen, enthält eine im Berufungsverfahren unzulässige Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung, die mit staatsrechtlicher Beschwerde (Willkürbeschwerde) vorzutragen gewesen wäre (BGE 130 III 321 E. 5 S. 327 mit Hinweisen). Das gilt ebenfalls für die Ausführungen zu dem von der Vorinstanz als schlüssig erachteten Gutachten des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons Zürich (Regionalstelle B._____) vom 11. Juli 2005. Was der Berufungskläger schliesslich zu seiner Beziehung zu Z._____, zu den finanziellen Verhältnissen der Parteien, zu seinen Unterhaltsleistungen und zu den Auswirkungen der neuen Partnerschaft der Berufungsbeklagten erklärt, findet in den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts keine Stütze. Auch diese Vorbringen sind deshalb nicht zu hören, und es braucht nicht erörtert zu werden, inwiefern sie für die Frage des strittigen Besuchsrechts überhaupt von Belang wären. Das Gleiche gilt andererseits auch für die Darlegungen der Berufungsbeklagten zu den Beweggründen, die dem Bestreben des
Berufungsklägers, ein (unbegleitetes) Besuchsrecht zu erwirken, zugrunde lägen, wie auch für ihre Vorbringen zur Reaktion von Z._____ auf den obergerichtlichen Beschluss, die einen erst nach der Fällung des angefochtenen Entscheids eingetretenen Umstand betreffen.
3.
Eltern, denen die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dieser dient in erster Linie dem Interesse des Kindes, ist aber zugleich auch ein Recht und eine Pflicht des betroffenen Elternteils. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212 mit Hinweisen). In der Entwicklung des Kindes sind dessen Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (dazu BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590; 122 III 404 E. 3a S. 407; 120 II 229 E. 3b/aa S. 233).
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, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Erforderlich ist auf Grund des Gebots der Verhältnismässigkeit, dem Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als

Kindesschutzmassnahme unterliegen, dass der dargelegten Bedrohung nicht durch geeignete andere Vorkehren begegnet werden kann. Im Interesse des Kindes darf ein Elternteil vom persönlichen Verkehr mit ihm nur dann gänzlich ausgeschlossen werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Kontakts sich nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 122 III 404 E. 3b S. 407 mit Hinweisen). Können die befürchteten Auswirkungen durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson (sog. begleitetes Besuchsrecht) hinreichend begrenzt werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht
des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung (BGE 122 III 404 E. 3c S. 407 f.).
4.
4.1 Die vom Obergericht angeordnete Beistandschaft und der der für dieses Amt zu ernennenden Person erteilte Auftrag, der Vormundschaftsbehörde regelmässig Bericht zu erstatten über die Möglichkeiten der Gewährung eines Besuchsrechts, ändern nichts daran, dass im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB dem Berufungskläger ein solches verweigert worden ist. In Anbetracht der von der Vorinstanz festgehaltenen tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere auch des belasteten Verhältnisses der Eltern unter sich, ist die Verweigerung eines unbegleiteten Besuchsrechts nicht zu beanstanden.
4.2 Wie dargelegt, rechtfertigt es sich nur im äussersten Fall, den nicht obhutsberechtigten Elternteil vom persönlichen Verkehr mit dem Kind vollständig auszuschliessen. Nach den Ausführungen des Obergerichts halten die Verfasserinnen des Gutachtens dafür, dass für eine gewisse Zeit ein begleitetes Besuchsrecht, das allen Beteiligten Sicherheit bieten könnte, an sich zu begrüssen wäre. Mit einer solchen Massnahme hat sich die Berufungsbeklagte in ihrer Berufungsantwort ausdrücklich einverstanden erklärt. Die Vorinstanz weist allerdings darauf hin, dass der Berufungskläger ein begleitetes Besuchsrecht ablehne, doch ist dies allein noch kein Grund, auf die Anordnung eines solchen zu verzichten. Von der Einräumung eines wenn auch nur begleiteten Besuchsrechts darf namentlich wegen der Wichtigkeit der Vater-Kind-Beziehung nicht leichthin abgesehen werden. Freilich kann ein begleitetes Besuchsrecht für die Beteiligten nur dann fruchtbar sein, wenn der durch die Einschränkung betroffene Elternteil sich kooperativ zeigt. Es geht jedoch nicht an, wegen des vom Berufungskläger im Prozess geäusserten Widerstands gegen ein begleitetes Besuchsrecht ohne weiteres darauf zu schliessen, ein solches sei von vornherein zum Scheitern verurteilt.
Anders verhielte es sich nur, wenn der Berufungskläger auch klar zu erkennen gegeben hätte, dass er an einem Besuchsrecht überhaupt nicht interessiert sei, falls es ihm nicht uneingeschränkt gewährt werde. Eine solch kategorische Haltung ist den Ausführungen im angefochtenen Entscheid indessen nicht zu entnehmen. Wo nicht von vornherein auszuschliessen ist, dass der Elternteil, dem ein unbegleitetes Besuchsrecht verweigert wird, sich in Kenntnis des Entscheids mit der Einräumung eines begleiteten abfände, ist ein solches anzuordnen, lassen sich doch auf diese Weise unnötige Weiterungen vermeiden.

Das Obergericht weist darauf hin, dass Z._____ sich anlässlich seiner Befragung gegen Besuche beim Berufungskläger ausgesprochen habe. Ausserdem hält die Vorinstanz fest, beim Jungen sei nach den Ausführungen im Gutachten zur Zeit von einer Bereitschaft, regelmässigen Kontakt zu seinem Vater zu pflegen, wenig zu spüren. Der zurückhaltenden Einstellung von Z._____ messen die Gutachterinnen indessen insoweit kein allzu grosses Gewicht bei, als sie selbst ein begleitetes Besuchsrecht an sich befürworten. Bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist der Meinung des betroffenen Kindes desto mehr Rechnung zu tragen, je älter es ist. Seine Anhörung setzt nicht voraus, dass es im Sinne von Art. 16 ZGB urteilsfähig ist. So kann das urteilende Gericht durchaus auch Kinder jüngeren Alters befragen, um sich ein persönliches Bild machen zu können und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidfindung zu verfügen (BGE 131 III 553 E. 1.2.2 S. 557 mit Hinweisen). Allgemein ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge ein Kind ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig ist (Felder/Staub/Struss/Pfeiffer/ Zollinger, Kinder und ihre Familien in schwierigen psychosozialen
Verhältnissen, in: Regula Gerber Jenni/Christina Hausammann [Hrsg.], Die Rechte des Kindes - Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel 2001, S. 207). Auch wenn bezüglich der Frage des Besuchsrechts die Urteilsfähigkeit schon in einem etwas tieferen Alter vorhanden sein dürfte (vgl. Felder/Staub/Struss/Pfeiffer/ Zollinger, a.a.O.), ist zu bedenken, dass Z._____ erst gut zehnjährig ist, d.h. in einem Alter steht, in dem seinen Äusserungen nicht ausschlaggebendes Gewicht zukommen kann, zumal er wohl nicht ansatzweise abzuschätzen vermag, was der Abbruch des persönlichen Kontakts mit seinem Vater mittel- und längerfristig für Folgen haben könnte. Es ist daher auch aus dieser Sicht nicht gerechtfertigt, dem

Berufungskläger jedes Besuchsrecht zu verweigern.
4.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich der angefochtene Entscheid nicht mit Art. 274 Abs. 2 ZGB vereinbaren lässt. Er ist deshalb in teilweiser Gutheissung der Berufung aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die für ein begleitetes Besuchsrecht erforderlichen Anordnungen treffe und die Einzelheiten der - als solche nicht angefochtenen - Erziehungsbeistandschaft neu festlege.
5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Gerichtsgebühr der Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Der Berufungskläger ist nicht durch einen Anwalt vertreten. Das Abfassen der Berufungsschrift war für ihn nicht mit einem Aufwand verbunden, der die Zusprechung einer Entschädigung zu rechtfertigen vermöchte (dazu BGE 113 Ib 353 E. 6b S. 357 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 125 II 518 E. 5b S. 519 f.).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
1.1 In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Beschluss des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 14. September 2005 aufgehoben.
1.2 Die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Berufungsbeklagten auferlegt.
3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 6. April 2006
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: