Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.93/2005 /bie

Urteil vom 9. August 2005
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiberin Scholl.

Parteien
A.X._____, Beklagter und Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Pius Buchmann,

gegen

B.X._____, Klägerin und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Urs Schaffhauser,

Gegenstand
Ehescheidung (Besuchsrecht),

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Luzern, II. Kammer als Appellationsinstanz
nach ZPO, vom 1. Februar 2005.

Sachverhalt:
A.
A.X._____ und B.X._____ heirateten im Juli 1999. Am 30. Januar 2000 wurde ihr gemeinsamer Sohn R.X._____ geboren.

Im Mai 2000 wurde A.X._____ in Untersuchungshaft genommen. Mit Urteil des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 22. November 2002 wurde er der mehrfachen vollendeten und versuchten Vergewaltigung, der mehrfachen vollendeten und versuchten sexuellen Nötigung sowie der schweren und einfachen Körperverletzung schuldig gesprochen und mit sieben Jahren Zuchthaus und zehn Jahren Landesverweisung bestraft. Zudem wurde eine ambulante psychotherapeutische Behandlung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ohne Aufschub des Strafvollzuges angeordnet.
B.
Mit Klage vom 31. Mai 2000 beantragte B.X._____ die Scheidung ihrer Ehe sowie die Regelung der Nebenfolgen. Mit Urteil vom 13. März 2003 schied das Amtsgericht Luzern-Stadt die Ehe der Parteien, stellte R.X._____ unter die elterliche Sorge der Mutter und gewährte A.X._____ ein monatliches Besuchsrecht von einer Stunde.

Gegen dieses Urteil gelangte B.X._____ an das Obergericht des Kantons Luzern unter anderem mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass A.X._____ kein Besuchsrecht für R.X._____ zustehe. Das Obergericht hiess mit Urteil vom 1. Februar 2005 die Appellation in diesem Punkt gut und sah von einem Besuchsrecht von A.X._____ gegenüber R.X._____ ab.
C.
A.X._____ erhebt eidgenössische Berufung beim Bundesgericht. Er beantragt die Aufhebung des oberge-

richtlichen Urteils in Bezug auf das Besuchsrecht und verlangt die Bestätigung der amtsgerichtlichen Besuchsrechtsregelung. Eventualiter beantragt er die Rückweisung der Sache zur Erstellung eines Sachverständigen-Gutachtens. Zudem stellt er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich Verbeiständung.

Es ist keine Berufungsantwort eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Strittig ist vorliegend das Besuchsrecht des Beklagten gegenüber seinem Sohn. Anordnungen über den persönlichen Verkehr unterliegen der Berufung an das Bundesgericht (Art. 44 lit. d OG). Die Berufung ist rechtzeitig erhoben worden und richtet sich gegen einen Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichts, der nicht mehr durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden kann (Art. 54 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 OG).
2.
Der Beklagte rügt eine Verletzung von Art. 145 ZGB. Er bringt vor, wenn ein vollständiger Entzug des Besuchsrechts zur Diskussion stehe, sei die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens unumgänglich. Das Obergericht hätte daher zwingend ein kinderpsychiatrisches Gutachten anordnen müssen. Indem es dies unterlassen habe, sei die in Art. 145 ZGB statuierte Offizialmaxime [recte: Untersuchungsmaxime]verletzt.
2.1 Gemäss Art. 145 ZGB erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Abs. 1). Nötigenfalls zieht es Sachverständige bei und erkundigt sich bei der Vormundschaftsbehörde oder einer in der Jugendhilfe tätigen Stelle (Abs. 2). In BGE 122 III 404 E. 3d S. 409 hat das Bundesgericht festgehalten, insbesondere wenn ein Elternteil behaupte, dass Besuche überhaupt bzw. unbegleitete Besuche beim grundsätzlich besuchsberechtigten Elternteil dem Kind schaden würden, erweise sich die Einholung eines Sachverständigenberichts in der Regel als unumgänglich. Bereits aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass unter Umständen auch bei einem vollständigen Entzug des Besuchsrechts von einem Gutachten abgesehen werden kann. Der Entscheid darüber liegt im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts (Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 2a, publ. in FamPra.ch 2002 S. 179; Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 18 zu Art. 145 ZGB; Jonas Schweighauser in: Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], Praxiskommentar Scheidungsrecht, 2000, N. 5 u. 6 zu Art. 145 ZGB). Im Verzicht auf eine kinderpsychiatrische bzw. -psychologische Begutachtung allein liegt damit noch keine Bundesrechtsverletzung, sofern der massgebliche Sachverhalt auf andere Weise abgeklärt werden kann.
2.2 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass zwar kein kinderpsychiatrisches bzw. -psychologisches Gutachten vorliegt, indes von den kantonalen Instanzen durchaus Berichte von Fachpersonen eingeholt worden sind. So liegt ein Amtsbericht der Amtsvormundschaft Luzern vor, welcher die Situation von R.X._____ beschreibt und auch zu einem allfälligen Besuchsrecht des Beklagten Stellung nimmt. Weiter hat das Obergericht den Verzicht auf ein Besuchsrecht zu einem wesentlichen Teil mit der Persönlichkeit des Beklagten begründet (vgl. unten E. 4.2). Diesbezüglich hat es auf dessen Begutachtung im Rahmen des Strafverfahrens abgestellt, die im Strafurteil vom 22. November 2002 wiedergegeben ist. Zudem wurde der Beklagte im Hinblick auf eine mögliche Entlassung nach Verbüssung von zwei Dritteln des Strafvollzuges zur Frage, ob evtl. eine Verwahrung auszusprechen sei, erneut psychiatrisch begutachtet. Auch dieses Gutachten vom 6. Oktober 2004 hat dem Obergericht vorgelegen. In diesem Zusammenhang hat es zudem dem konsultierten Gutachter zwei Ergänzungsfragen betreffend Besuchsrecht gestellt. Mit Schreiben vom 29. November 2004 hat der Gutachter zu diesen Fragen Stellung genommen.
2.3 Gegen das Schreiben vom 29. November 2004 bringt der Beklagte Vorbehalte vor. Er macht geltend, der Gutachter habe sich darin als nicht kompetent zur Beantwortung der Fragen erachtet und das Obergericht an einen Kinderpsychiater verwiesen.

Dieser Vorwurf ist unbegründet. Zwar hat der Gutachter in seinem Schreiben vom 29. November 2004 festgehalten, keine abschliessende Fragenbeantwortung vornehmen zu können, da hierzu auch die Mutter und das Kind persönlich gesehen werden müssten. Unter Beachtung dieser Einschränkung ist es indes nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht seine Erwägungen auch auf diese Beurteilung gestützt hat. Namentlich soweit der Gutachter in den Persönlichkeitsstörungen des Beklagten ein Hindernis für ein Besuchsrecht sieht, hängen

die Ausführungen nicht von einer Begutachtung des Kindes ab.
2.4 Mit Blick auf die dem Obergericht vorgelegenen Berichte und Gutachten ist nicht ersichtlich, welche neuen Erkenntnisse die zusätzliche Erstellung eines kinderpsychiatrischen bzw. -psychologischen Gutachtens hätte bringen können, zumal es sich bei R.X._____ gemäss Feststellungen im angefochtenen Urteil um ein gesundes, nicht auffälliges Kind handelt. Im Gegensatz zur Auffassung des Beklagten entscheidet das Gericht über die Ausgestaltung des Besuchsrechts und nicht ein Gutachter. Da folglich das Obergericht den massgeblichen Sachverhalt ausreichend festgestellt hat, liegt im Verzicht auf die zusätzliche Erstellung eines kinderpsychiatrischen bzw. -psychologischen Gutachtens keine Bundesrechtsverletzung. Die Berufung ist insoweit abzuweisen.
3.
Der Beklagte macht weiter geltend, das Obergericht habe den Sachverhalt auch in Bezug auf seinen Verbleib in einer Strafanstalt ungenügend abgeklärt und damit Art. 145 ZGB verletzt. Er habe das Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass vor dem Kriminalgericht des Kantons Luzern ein Verfahren betreffend Anordnung einer anderen Massnahme nach Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB hängig gewesen sei. Das Obergericht hätte allenfalls den diesbezüglichen Entscheid abwarten können. Zwischenzeitlich sei denn auch die Umwandlung der ambulanten Massnahme in eine stationäre angeordnet worden.

Diese Rüge ist - soweit damit nicht ohnehin unzulässige Noven (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG) vorgebracht werden - unbegründet: Das Obergericht hat das im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils hängige Verfahren vor dem Kriminalgericht nicht übersehen, sondern vielmehr ausdrücklich darauf Bezug genommen: So hat es erwogen, eine Kontaktaufnahme (zwischen dem Beklagten und seinem Sohn) müsse, da von einer bedingten Entlassung des Beklagten im heutigen Zeitpunkt nicht ausgegangen werden könne, im Zuge des Strafvollzuges in einer Strafanstalt geschehen. Bei einer Entlassung des Beklagten aus dem Strafvollzug würde er des Landes verwiesen; für diesen Fall beantrage er kein Besuchsrecht. Als Alternative zur Entlassung aus dem Strafvollzug mit anschliessender Landesverweisung komme einzig die Verwahrung in Frage. Ein Entscheid des dafür zuständigen Kriminalgerichts liege noch nicht vor. Im Fall der Verwahrung müsse der Beklagte bis auf Weiteres in einer Strafanstalt verbleiben.

Das Obergericht hat also die mögliche Umwandlung der ambulanten Massnahme - soweit im Urteilszeitpunkt voraussehbar - mit in seine Beurteilung einbezogen. Es verletzt Bundesrecht nicht, wenn es den Ausgang des Verfahrens vor Kriminalgericht nicht abgewartet hat. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.
4.
Schliesslich kritisiert der Beklagte die vollständige Verweigerung eines Besuchsrechts für seinen Sohn. Die Voraussetzungen für einen Entzug würden nicht vorliegen. Er bringt vor, das vom Amtsgericht erstinstanzlich angeordnete beschränkte Besuchsrecht diene dem Kindeswohl. Dieses würde genügen, um das innere Bild, welches das Kind von seinem Vater habe, mit der Realität zu vergleichen. Andernfalls könnte im konkreten Fall eine Dämonisierung des abwesenden Elternteils in Frage kommen. Könnte das Kind seinen Vater auch nur beschränkte Zeit sehen, würde es möglicherweise das Bild eines Mannes erhalten, der ihm freundlich gesinnt sei. Andernfalls würde sich das verschwommene Bild eines Verbrechers festigen.
4.1 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). Er dient in erster Linie dem Interessen des Kindes, ist aber zugleich ein Recht und eine Pflicht der Betroffenen. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist immer das Kindeswohl, das an Hand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590 mit Hinweisen). 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 seine ungestörte[,]körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Erforderlich ist darüber hinaus, dass dieser Bedrohung nicht durch
geeignete andere Massnahmen begegnet werden kann. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet die "ultima ratio" und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn die nachtei-

ligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 120 II 229 E. 3b/aa S. 233; 122 III 404 E. 3b S. 407).
4.2 Das Obergericht hat sich bei seinem Entscheid von diesen Grundsätzen leiten lassen: Namentlich hat es erkannt, dass für die Entwicklung von R.X._____ die Kenntnis und die persönliche Erfahrung seines Vaters wichtig sei und dass R.X._____ von seiner Mutter ein Negativbild des Beklagten gezeichnet erhalte. Als für sich allein genommen nicht ausreichend für eine Verweigerung des Besuchsrechts hat das Obergericht zudem die bisher fehlende Beziehung zwischen Vater und Kind sowie den Aufenthalt des Beklagten in einer Strafanstalt angesehen.

Indes hat es den Sinn einer monatlichen Begegnung von einer Stunde für R.X._____ in Zweifel gezogen. Es hat festgehalten, insbesondere könne dem wichtigen Anliegen der Realitätskontrolle damit nicht Genüge getan werden, denn dies setze eine gewisse unbeschwerte, aber auch vertiefte Auseinandersetzung des Kindes mit seinem Vater in einer adäquaten Umgebung voraus. Die Amtsvormundschaft erachte denn auch ein begleitetes Besuchsrecht höchstens im Kinderheim, in welchem R.X._____ wohne, als anzeigt, was indes nicht in Frage komme. Aus der Sicht des Kindeswohls würde sich bei einer stündlichen Begegnung im Monatsrhythmus für R.X._____ eine Zäsur in seinem Lebensalltag ergeben, die er nicht verstehen und die zudem mit der (zumindest unbewusst) wahrnehmbaren Angst und Abscheu seiner Mutter einhergehen würde. Von einem tauglichen Beziehungsaufbau könne unter diesen Vorzeichen keine Rede sein. Dafür sei R.X._____ eindeutig zu jung.

Weiter hat das Obergericht für die Frage des Besuchsrechts die Persönlichkeit des Beklagen als Besuchsberechtigter für bedeutsam gehalten. Diesbezüglich hat es erwogen, seine Persönlichkeit lasse sich zusammenfassend als narzisstisch, auf sich selbst bezogen und mit geringer Empathiefähigkeit beschreiben. Der Gutachter erachte die Persönlichkeit des Beklagten als Hindernis für die Beziehungsaufnahme mit seinem Sohn. Er dürfte auf Grund seiner gestörten Beziehungsfähigkeit kaum in der Lage sein, die Kontakte mit seinem Sohn mit der nötigen und gebotenen Zurückhaltung zu gestalten. Eine Instrumentalisierung des Kindes im Konflikt mit dessen Mutter wäre denkbar. Es sei nicht von der Hand zu weisen, dass R.X._____ bei einer möglichen Besuchsrechtsausübung primär den Interessen des Beklagten zu dienen hätte und dieser aus den Begegnungen für sich den maximalen eigenen Nutzen ziehen würde. Das Wohl des Kindes würde nicht ernsthaft berücksichtigt und es wäre ein Spielball der Interessen des Beklagten.

Zusammenfassend ist das Obergericht damit zum Schluss gelangt, die mangelnde Empathiefähigkeit des Beklagten und seine rücksichtslose Befriedigung eigener Interessen, die seiner Persönlichkeit eigen seien, würden klar gegen ein Besuchsrecht sprechen. Der Gefährdung des Kindeswohls könnte auch durch eine besondere Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs im Sinne einer Besuchsbegleitung in der Strafanstalt nicht wirksam begegnet werden.
4.3 Aus diesen Erwägungen wird ersichtlich, dass das Obergericht eine umfassende Würdigung der entscheidwesentlichen Elemente vorgenommen hat. Im vorliegenden Fall ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Inhaftierung des Beklagten ein Besuchsrecht zwar nicht von vornherein ausschliesst, diese indes bereits für sich alleine für das Kindeswohl eine Belastung darstellt. Dazu ist zu bemerken, dass R.X._____ mit fünf Jahren noch im Kleinkindalter ist und bisher keine Beziehung zu seinem Vater aufbauen konnte. Dieser Beziehungsaufbau müsste im Rahmen der monatlichen Besuche in der Strafanstalt erfolgen, was erhöhte Anforderungen insbesondere an den besuchsberechtigten Beklagten stellt. Auf Grund der festgestellten Persönlichkeitsstörungen und namentlich der dadurch bedingten gestörten Beziehungsfähigkeit und fehlenden Empathiefähigkeit erfüllt der Beklagte diese Voraussetzung indes nicht. Vielmehr besteht die konkrete Gefahr einer Gefährdung des Kindeswohls. Die vom Obergericht angeordnete Verweigerung des Besuchsrechts erweist sich daher gesamthaft betrachtet als angemessen und ist folglich von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden. Die Berufung ist insoweit abzuweisen.
5.
Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Er schuldet der Klägerin allerdings keine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren, weil keine Berufungsantwort eingeholt worden ist. Da zudem die Voraussetzungen nach Art. 152 OG erfüllt sind, kann das gestellte Gesuch um unentgeltliche

Rechtspflege und Verbeiständung gutgeheissen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Beklagten wird gutgeheissen, und Rechtsanwalt Pius Buchmann wird ihm als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beklagten auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.
4.
Rechtsanwalt Pius Buchmann wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'500.– ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer als Appellationsinstanz nach ZPO, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. August 2005
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: